

**Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues\*\***

## O contrato como processo e a boa-fé objetiva: por uma filtragem constitucional da teoria contratual\*

El contrato como proceso y la buena voluntad objetiva: por un filtrado constitucional de la teoría contractual

The contract as a process and goodwill objectives: filtering constitutional theory of contract

Revista LOGOS CIENCIA & TECNOLOGÍA ISSN 2145-549X,  
Vol 3. No. 1, Junio – Diciembre, 2011, pp. 203-216

### Resumo

O presente trabalho examina a incidência da boa-fé objetiva na moderna relação jurídica contratual. Na primeira parte, contextualiza-se o tema com o fenômeno da constitucionalização do direito civil. Em seguida, são traçados os principais contornos

da nova teoria contratual, de modo a demonstrar a necessidade de se revisitar, à luz da eticidade, socialidade e dignidade humana, os antigos postulados privatistas. Por fim, investiga-se o contrato como processo e o princípio da boa-fé, evidenciando-se a possibilidade de responsabilização civil pela quebra dos deveres gerais de lealdade.

**Fecha de recepción: 28 de junio de 2011.**

**Fecha de aceptación: 19 de agosto de 2011.**

\* El presente artículos es producto de la investigación que el autor realiza en el Grupo de estudio "Derecho procesual civil moderno y Acceso à justiça", coordinado por Dr. Gelson Amaro de Souza, vinculado à Faculdade de Derecho de Presidente Prudente/SP (Brazil).

\*\* Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP (Brasil). Professor convidado no Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Pós-Graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito de Presidente Prudente. Advogado. Coordenador da Área Cível do Escritório de Aplicação de Assuntos Jurídicos da Instituição Toledo de Ensino. Membro do Grupo de Estudos "Processo Civil Moderno e Acesso à Justiça", coordenado pelo prof. Dr. Gelson Amaro de Souza. Parecerista e Colaborador da American University College Of Law (EUA). E-mail: danielcolnago@gmail.com.

### Palavras-chave

Constitucionalização do direito civil; boa-fé objetiva; função social do contrato; responsabilidade pré-contratual; responsabilidade pós-contratual.

### Resumen

Este trabajo analiza la incidencia de la buena fe objetiva, en la moderna relación jurídica contractual. La primera parte contextualiza el tema con el fenómeno de la constitucionalización del derecho civil. Por consiguiente, se trazaron las líneas principales de la nueva teoría contractual con el fin de demostrar la necesidad de revisar a la luz de la dignidad ética, social y humana, los antiguos postulados privatistas. Finalmente, se investiga el contrato

como el proceso y el principio de buena fe, lo que demuestra la posibilidad de responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes generales de lealtad.

### Palabras clave

La constitucionalización del derecho civil; la buena fe objetiva; la función del contrato social; la responsabilidad precontractual; la responsabilidad postcontractual.

### Abstract

This paper analyzes the impact of objective good faith in the modern contractual relationship. The first part contextualizes the issue with the phenomenon of the constitutionalization of civil law. Therefore, traced the main lines of the new contract theory in order to demonstrate the need for revision in the light of ethical dignity, social and human, ancient postulates proprietary. Finally, the contract is investigated how the process and the principle of good faith, demonstrating the possibility of liability for breach of the general duties of loyalty.

### Key words:

The Constitutionalization of civil law objective good faith, the role of the social contract, the pre-contractual liability, the post-contractual liability.

## 1. INTRODUÇÃO

Não é de hoje que se mostra notória e perspicaz a influência exercida pelos preceitos constitucionais sobre o sistema jurídico, em especial no que diz respeito às normas de índole privada. A (re)leitura do direito civil com os olhos voltados para a Constituição constitui um dos mais importantes fundamentos do que se convencionou chamar *constitucionalização do direito civil*.

A necessidade é de mudanças paradigmáticas. Vislumbra-se hoje no direito, de um modo geral, e no instituto contratual, de um modo especial, um enorme abismo entre o *ser* e o *dever-ser*. A *consolidação* dessa nova edificação jurídica brasileira –construída com a Carta Política de 1988–, não prescinde de métodos hermenêuticos modernos, aptos a reaproximar a realidade social das prome-

sas normativas. Embasado na falência do positivismo jurídico e na expansão da jurisdição constitucional, propõe-se (re)estudo do direito privado à luz das novas aspirações constitucionais, como a afirmação da força normativa da Constituição e a valorização dos direitos fundamentais nela inseridos.

Expande-se o princípio da boa-fé como uma exigência de eticização das relações contratuais, a ponto, inclusive, de alargar seu campo de atuação para além do direito privado. Busca-se, incessantemente, garantir contratações mais justas e solidárias, nas quais a cooperação e a lealdade tomam lugar do individualismo e –por que não– do egoísmo liberal oitocentistas.

Diante da noção de contrato como processo, associada à concepção de que da boa-fé objetiva brotam-se deveres instrumentais aos contratantes, a responsabilidade civil contratual passa a ser analisada sob um novo enfoque. Admitida a incidência da lealdade em todas as fases contratuais – antes, durante e, até mesmo, após exaurido o vínculo obrigacional –, começa-se a falar em responsabilidade pré e pós-contratual.

Eis o objetivo do trabalho: analisar a responsabilidade civil, a boa-fé objetiva e o contrato sob o viés constitucional.

## 2 QUEBRA DE PARADIGMAS E O MODELO CONSTITUCIONAL DE DIREITO CIVIL: PREMISAS NECESSÁRIAS

Por longo tempo, tomou-se o ordenamento civil como o *ambiente normativo* do indivíduo. Por conta disso, dificilmente se imaginava possível sua interligação com o direito público. Como bem pondera Paulo Luiz Netto Lobo (1999, p. 99), “nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que o direito civil”.

E não é por menos. Com traços nitidamente *individualista* e *voluntarista* oitocentistas, tendo em vista a influência sofrida pelos Códigos Civis francês (*Code de France*) e alemão (*BGB*), o direito civil brasileiro apresentava-se como um sistema *fechado*, de

cunho *patrimonialista*<sup>1</sup> e imune à incidência dos valores substancialmente constitucionais<sup>2</sup>. No âmbito das atividades privadas, preocupava-se apenas em promover a segurança jurídica e conter as ingerências estatais.

A elevada valorização do direito constitucional<sup>3</sup>, porém, em especial no que se refere aos direitos fundamentais, irradiou seus efeitos para os mais diversos ramos da estrutura jurídica brasileira. No que tange ao direito privado, de modo especial, consagrou-se uma verdadeira ruptura de paradigmas, na medida em que se constatou a necessidade de uma conformação *constitucional* –formal e material– da legislação cível.

Esta inegável re(leitura) do direito infraconstitucional com os olhos voltados para a Constituição constitui um dos mais notórios fundamentos do que se convencionou chamar de *constitucionalização do direito*<sup>4</sup>. De modo que se cvislumbra hoje, no direito,

um enorme abismo entre o ser e o dever ser, a busca pela sintonia social-normativa passou a condicionar, de forma mais contundente, a interpretação e aplicação do direito. Logo, o (re)estudo do sistema jurídico à luz das novas aspirações constitucionais –filtragem constitucional–, como a afirmação da força normativa da Constituição e a valorização dos direitos fundamentais nela inseridos, reflete a mais forte tendência dogmática em se buscar a aproximação da realidade social às promessas normativas.

Não apenas pela sua posição hierárquica, mas especialmente pela qualidade e profundidade das matérias que regulou –promoção e proteção dos direitos fundamentais–, a Constituição representa o *núcleo* do ordenamento jurídico. Afigura-se como necessária, desse modo, uma leitura do Direito sob a perspectiva dos *direitos fundamentais*<sup>5</sup>, verdadeiro suporte axiológico do moderno direito constitucional.

Esta inegável re(leitura) do direito infraconstitucional com os olhos voltados para a Constituição constitui um dos mais notórios fundamentos do que se convencionou chamar de constitucionalização do direito.

<sup>1</sup> Nesta altura da evolução civilista, “o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais” (TEPEDINO, 2004, 2).

<sup>2</sup> E não poderia ser diferente. Como nos lembram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2009, 32-33), “o Direito Constitucional se restringia a cuidar da organização política e administrativa do Estado, relegando para o Código Civil a tarefa de disciplinar as relações privadas”. Àquela altura, ademais, “o valor fundamental.

<sup>3</sup> Para Luís Roberto Barroso (2002, p. X), “a verdade, no entanto, é que a preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com a sua efetividade, incorporou-se, de modo natural, à prática jurídica brasileira pós-1988. Passou a fazer parte da pré-compreensão do tema, como se houvésemos descoberto o óbvio após longa procura. A capacidade – ou não – de operar com as categorias, conceitos e princípios de direito constitucional passou a ser um traço distintivo dos profissionais das diferentes carreiras jurídicas. A Constituição, liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. Sua supremacia, antes apenas formal, entrou na vida do país e das instituições”.

<sup>4</sup> O termo constitucionalização do direito – e aqui se incluí a constitucionalização do direito privado – comporta dois enfoques: a presença da Constituição no ordenamento civil e a presença do direito civil no texto constitu-

cional. O primeiro, aqui enfocado, refere-se justamente à influência das normas constitucionais no direito privado. Já o segundo consubstancia-se, na verdade, em puro direito constitucional. Neste sentido: Ingo Wolfgang Sarlet (2007, 55).

<sup>5</sup> No que tange ao direito privado, estudá-lo à luz dos direitos fundamentais significa também admitir a vinculação dos particulares a tais mandamentos. Assim, sobre a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, preleciona Ingo Wolfgang Sarlet (2009, 377-378): “Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal do Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os Poderes públicos, mas também

É neste contexto que entra em cena o chamado *Direito Civil-Constitucional*<sup>6</sup>.

As constantes mudanças ocorridas no cenário político constitucional brasileiro exigiram dos juristas uma nova postura metodológica. Para os civilistas, constatou-se a imperiosidade de que toda e qualquer leitura do Direito Civil fosse feita *na e a partir da* Constituição. Ora, se o estudo de todo o ordenamento jurídico deve ter como paradigma *axiológico* a Constituição, de outro modo não poderia se dar com o Direito Civil<sup>7</sup>.

Essa ingerência *constitucional* representa o *auge* da remodelagem por que vem sofrendo o direito civil. Diante da transição do Estado Liberal para o Estado Social (*Welfare State*), percebeu-se a necessidade de visualizar o conteúdo socializador dos direitos, de modo a mitigar o modelo individualista<sup>8</sup> então reinante. Obviamente, não poderia o direito privado, ao menos na teoria<sup>9</sup>, ficar imune a tais mudanças. Na síntese de Paulo Luiz Netto Lobo (1999, 108):

---

contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas”.

<sup>6</sup> Reconhece-se a impropriedade do termo direito civil-constitucional, tendo em vista que não se poderia conceber um direito civil inconstitucional. Nada obstante, persiste-se na utilização do termo, tendo em vista sua propagação na doutrina moderna. Ressalta-se que sua utilização quer significar a necessidade de se estudar o direito civil sob a ótica constitucional.

<sup>7</sup> Igualmente neste ramo, conforme bem enuncia Paulo Luiz Netto Lobo (1999, 100), “deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição, e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre)”. Ainda mais, Christiano Cassettari (2006, p. 180), estudando a obrigação sob a ótica civil-constitucional, constatou-se ser “imprescindível realizar toda e qualquer leitura do Direito Civil em uma perspectiva dialética com a Constituição Federal”.

<sup>8</sup> No período do liberalismo econômico, a garantia de uma economia não importunada pelo Estado apresentava-se mais importante do que o próprio direito de participar na configuração político do Estado, mormente em vista do fracasso dos movimentos revolucionários do séc. XVIII. Assim, Konrad Hesse (1995, 39).

<sup>9</sup> É que, conforme nos lembra Paulo Luiz Netto Lobo (1999, 102), “enquanto o Estado e a sociedade mudaram, alterando substancialmente a Constituição, os códigos civis continuaram ideologicamente ancorados no Estado

A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social.

O modelo *constitucional* de Direito Civil não só permite, como impõe a revisitação dos institutos privados a partir da Constituição. Não se pode construir hoje uma teoria civilista que não tenha como ponto de partida e de chegada a Constituição. O primeiro e o último *contato axiológico* das normas patrimoniais devem, igualmente, ser a Constituição.

Daí resulta a advertência de Gustavo Tepedino (2004, p. 18), no sentido de que precisamos superar graves preconceitos quando o assunto é atividade interpretativa. Toda e qualquer interpretação deve ser feita sob a perspectiva civil-constitucional, mesmo porque toda interpretação jurídica é, antes de tudo, uma interpretação *constitucional*. Daí que não se pode imaginar sejam os princípios constitucionais apenas declarações políticas, que relegam a Constituição a um “programa longínquo de ação”. Há que se afirmar a força *normativa* da Constituição.

Assim é que, outrora tidas como incomunicáveis<sup>10</sup>, as esferas pública e privada tendem, hoje, a juntas caminhar. Embora não se negue a distinção entre os fenômenos da *publicização* e *constitucionalização* do direito civil<sup>11</sup>, certo é que ambos integram a

---

Liberal, persistindo na hegemonia ultrapassada dos valores patrimoniais e do individualismo jurídico”.

<sup>10</sup> Conforme lembra Ingo Wolfgang Sarlet (2007, 55), registrando a lição de D. Grimm, o próprio modelo de comunicabilidade entre as esferas pública e privada representava uma opção constitucional, de modo que as constituições liberais burguesas tinham na autonomia privada e na ausência de intervenção estatal na liberdade de contratar alguns de seus maiores valores.

<sup>11</sup> Neste sentido, Paulo Luiz Netto Lobo (1999, 100-101) é enfático ao dizer que “a denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do século XX. Tem-se a redução do espaço de autonomia privada pra a garantia da tutela jurídica dos

mesma concepção do moderno direito civil. Nesse quadro, seja mediante a intensificação da intervenção legislativa infraconstitucional (publicização) ou mediante a submissão do direito privado aos valores constitucionais (constitucionalização), o que se busca é *relativizar* o espaço da autonomia da vontade, de modo a inserir um conteúdo *ético* nas relações jurídicas privadas.

Em suma, *constitucionalizar* e *eticizar* o direito civil significa nada mais que oxigená-lo, de modo a propiciar, inclusive, uma reconstrução dogmática de seus institutos. Não se trata –fique claro– de mera adjetivação ao direito civil, mas de verdadeira mudança estrutural na confecção, aplicação e interpretação das normas privadas. É o deslocamento do eixo principiológico privado: da tutela do patrimônio para a tutela da pessoa humana<sup>12</sup>.

### 3. A NOVA FORMULAÇÃO CONTRATUAL: ETICIDADE, SOCIALIDADE E DIGNIDADE HUMANA

A era civil moderna é, ainda, a era dos contratos. As clássicas palavras de Caio Mário da Silva Pereira (1990, 9) ainda soam atuais. A despeito de alguns advogarem a ideia de *crise dos contratos*<sup>13</sup>, certo é que nos encontramos no *apogeu* deste instituto pri-

vado. O que se tem de destaque – e isto não se pode negar – é a constante evolução e transmutação de valores por que vem sofrendo o fenômeno contratual<sup>14</sup>.

A compreensão da nova teoria dos contratos passa justamente pela assimilação da tendência constitucionalista do direito civil. De modo que a Constituição contempla uma força normativa, prospectiva e irradiante, o sistema contratual passa a ser orientado pelo modelo constitucional de justiça. Significa dizer, em outras palavras, que, sem prejuízo da autonomia privada, toda e qualquer regulamentação contratual passa a ser regida, igualmente, pelos postulados éticos da nova ordem jurídico-social.

Lembre-se que, durante a vigência do Código Civil de 1916, mormente antes da promulgação da Constituição Cidadã, prevalecia o modelo contratual centrado na máxima *pacta sunt servanda*, de modo que o contrato gerado tornava-se lei entre as partes, ficando, inclusive, imune às influências estatal e social. Nesta linha, sendo os contratantes livres e desimpedidos para contratarem entre si, as obrigações pactuadas deveriam ser *intangivelmente* cumpridas. Contentava-se, desta forma, com a mera igualdade formal dos pactuantes.

Com a superação do Estado Liberal<sup>15</sup> e o advento da Constituição Federal de 1988, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e, mais tardiamente, do Código Civil de 2002, dá-se uma nova formulação principiológica ao instituto contratual. O modelo liberal individualista de contrato, centrado na autonomia privada e na vinculatividade pactual, começa

mais fracos [...]”. Nada obstante, “o fato de haver mais ou menos normas cogentes não elimina a natureza originária da relação jurídica privada, vale dizer, da relação que se dá entre titular de direitos formalmente iguais; não é esse o campo próprio do direito público”. Assim é que “a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil”.

<sup>12</sup> A mesma tendência foi evidenciada no ordenamento jurídico italiano. Enaltecendo a despatrimonialização e conseqüente personificação do direito civil, a Constituição italiana dispõe, em seu art. 2º, que “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà política, economica e sociale”.

<sup>13</sup> Há quem inclusive já tenha lavrado a certidão de óbito dos contratos. Neste sentido, Grant Gilmore (1988), sustentando que o mundo globalizado e a crescente economia de massa teria subvertido o princípio da liberdade contratual, de modo a perder seu caráter tradicional.

<sup>14</sup> O contrato, assim como os demais institutos do direito privado, deve, na feliz expressão de Tepedino (2006, 14), “permitir a realização existencial isonômica”, consoante a perspectiva de solidariedade constitucional.

<sup>15</sup> Essa nova postura institucional, como bem pondera Humberto Theodoro Jr. (2004, 3), “não poderia deixar de refletir sobre a teoria do contrato, visto que é por meio dele que o mercado implementa suas operações de circulação de riquezas. Por isso, não se abandonam os princípios clássicos que vinham informando a teoria do contrato sob o domínio das idéias liberais, mas se lhe acrescentam outros, que vieram a diminuir a rigidez dos antigos e a enriquecer o direito contratual com apelos e fundamentos éticos e funcionais”.

a ceder espaço para o modelo social de pactuação, embasado na igualdade material<sup>16</sup> e justiça social<sup>17</sup>. A interpretação dos contratos passa a ser condicionada, desta forma, pelos planos econômico e social. Opera-se nítida mudança de foco, do interesse meramente particular para o interesse coletivo.

Para Giselda Hironaka (2002, 83), este novo grupamento principiológico “revela, enfim, a feição contemporânea do contrato e seu trato de adaptação e coerência com a pessoa mais Ética desta pós-modernidade, centro de todo interesse epistemológico do direito atual.

de informar relações contratuais mais equânimes, justas e razoáveis, num País vincado por desigualdades materiais e concretas que arrostando qualquer intenção legislativa (Fachin, 2003, 331-332).

Sobrelevam-se, na esfera contratual, os valores da eticidade e socialidade, de modo a permitir seja a pessoa humana colocada no centro das atenções<sup>18</sup>. Para Giselda Hironaka (2002, 83), este novo grupa-

Sabe-se que quem contrata não contra mais apenas com quem contrata, e que quem contrata não contra mais apenas o que contrata; há uma transformação subjetiva e objetiva relevante nos negócios jurídicos. O novo Código traz a função social do contrato e os princípios de probidade e boa-fé. A jurisprudência e a doutrina futuras dirão se terão sido capazes

mento principiológico “revela, enfim, a feição contemporânea do contrato e seu trato de adaptação e coerência com a pessoa mais Ética desta pós-modernidade, centro de todo interesse epistemológico do direito atual”.

Esta ordem de idéias está ligada à questão de insustentabilidade de um sistema contratual neutro. Assim como todo o direito privado, o contrato deve, igualmente, refletir os valores perseguidos pelo ordenamento jurídico vigente. Por conta disso, na medida em que se passa a verificar a eticização das relações jurídicas patrimoniais, o contrato ganha um conteúdo *ético*, implicando uma reestruturação dos postulados contratuais clássicos.

A inserção de valores *éticos* no direito patrimonial reclamou novas ferramentas de *qualificação* da realidade. Para uma sociedade em mudanças, e a fim de realizar a justiça social, a intensificação<sup>19</sup> das chamadas *cláusulas gerais* mostrou-se de grande valia na busca do sentido social do contrato.

Destarte, ante a velocidade com que evolui o mundo globalizado e convencido de sua própria incapacidade, o legislador moderno passa a valer-se tecnicamente de preceitos abertos, permitindo a adaptação do sistema normativo às transformações operadas no mundo das coisas<sup>20</sup>. Trata-se, em última análise, de fazer a devida ligação entre o *ser* e o *dever-ser*. Permite-se, com isso, repotencializar antigos e enfraquecidos institutos privados, de modo a adaptá-los às novas demandas sociais e econômicas.

<sup>16</sup> Por tal razão, René Savatier (1964, 84) já defendia a necessidade de intervenção estatal em caso discrepância de condições econômicas entre os contratantes.

<sup>17</sup> Há tempos, Miguel Reale (1992, 15) já ponderava que esta visão individualista da relação contratual estava destinada a sofrer o impacto das transformações históricas recentes, “sobretudo em razão do vertiginoso progresso científico e tecnológico, de um lado, e, do outro, de fatores ideológicos que tornaram mais aguda a questão social, gerando profundos conflitos entre o capital e o trabalho”.

<sup>18</sup> Conforme pondera Flávio Tartuce (2007, 77), “na realidade, à luz da personalização e constitucionalização do Direito Civil, podemos afirmar que a real função do contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender os interesses da pessoa humana”.

<sup>19</sup> Diz-se intensificação porque as cláusulas gerais não se consubstanciam em novidade trazida pelo Código Civil de 2002. O Código Civil de 1916 já as possuía, embora em quantidade bem mais restrita. Exemplos de cláusulas gerais no Código Civil de 1916 são os artigos 159 (responsabilidade civil por ato ilícito aquiliano), 964 (obrigação de restituição do indevido) e 1.056 (responsabilidade civil por inadimplemento contratual).

<sup>20</sup> É que a concepção de sistema aberto, como bem colocado por Clóvis do Couto e Silva (1980, p. 54), “permite que se componham valores opostos, vigorantes em campos próprios e adequados, embora dentro de uma mesma figura jurídica, de molde a chegar-se a uma solução que atenda à diversidade de interesses resultantes de uma mesma situação. Em certos casos, o exame da vontade será prevalente; em outros não”.

De modo que servem como *parâmetros hermenêuticos*, evidencia-se o conteúdo *interpretativo* das cláusulas gerais. São normas cujo emprego revela uma maior elasticidade do sistema<sup>21</sup>, no sentido de se adaptar uma situação jurídica aos anseios e valores constitucionalmente perseguidos. Não se trata, pois, de realizar uma interpretação vazia, mas uma interpretação axiológica, que busca na Constituição o ponto de equilíbrio entre a fria letra da lei e a complexidade do caso concreto.

Daí a razão porque, na nova formulação contratual, circundada de cláusulas gerais, a Constituição passa a ser o ponto exegético de referência. Não se consegue, portanto, desvendar os limites e contornos da incidência da boa-fé objetiva nos contratos sem que se tenha em mente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), da solidariedade social (art. 3º, CRFB) e da igualdade substancial (art. 5º, CRFB).

Interessante notar que a construção da nova principiologia contratual vai *ao* encontro da tendência moderna de supervalorização da dignidade humana. Disso já se pode extrair, *prima facie*, a constitucionalidade e legitimidade das normas e atitudes que visam ao encaminhamento ético do processo contratual. Eis a desejável dialética valorativa: ao mesmo tempo em que (re)formulação constitucional do *contrato* concretiza o postulado da *dignidade humana*, este condiciona a interpretação daquele.

Apesar de se mostrar uma expressão aberta e plurívoca, a *dignidade humana*<sup>22</sup> possui conteúdo e con-

tornos jurídicos delineados, o que a faz fortalecer enquanto norma jurídica<sup>23</sup>. Por esta razão, mostra-se perfeitamente possível o embasamento de uma pretensão contratual sob a áurea, unicamente, da dignidade humana.

Reconhece-se ter o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>24</sup> trazido uma nova roupagem ao sentido do contrato. Outrora limitada apenas à vontade das partes, a relação jurídica contratual passa a subordinar-se a princípios éticos, sobretudo em razão do caráter normativo dos preceitos constitucionais<sup>25</sup>. Ademais, na medida em que se passa a conceber os princípios jurídicos como verdadeiras normas, a boa-fé e a função social passam a gozar de força vinculante, ostentando, por assim dizer, o caráter de normas comportamentais do direito civil. E isto não é de pouca relevância. Pelo contrário, essa normatividade dos postulados éticos constitui um dos mais importantes aspectos do que se mostrou chamar *Direito Civil-Constitucional*.

Sé é verdade que “os direitos fundamentais devem ser considerados na concretização das cláusulas gerais juscivilistas” (Canaris, 2003, 17), pode-se dizer que a necessidade de os contratantes se comportarem com lealdade e respeito mútuo passa, precipuamente, pela observância e respeito à dignidade

---

esta superação e este domínio é a raiz da dignidade da pessoa”.

<sup>21</sup> A respeito da velha e sempre nova polêmica envolvendo a segurança jurídica, conferir: Paulo Nalin (2005). Para o autor, em se tratando de cláusulas gerais, a segurança jurídica será preservada mediante a necessária fundamentação dos atos decisórios judiciais. Assim, desde que com uma argumentação e fundamentação adequada, a aplicação da boa-fé objetiva e da função social não gerará insegurança jurídica. De mais a mais, a segurança jurídica contemporânea não seria mais, como no Estado Liberal, a segurança jurídica na lei, mas sim a segurança jurídica no juiz, o que denota a pertinência e confiabilidade das cláusulas gerais.

<sup>22</sup> Conforme precisa passagem de Jesus Gonzales Perez (1968, 23), “o valor da pessoa consiste em ser mais que o mero existir, mas em ter domínio sobre a própria vida e

<sup>23</sup> Deve-se ter a dignidade da pessoa humana, assim, como verdadeira norma jurídica, dotada de força ativa vinculante, apta a impor tarefas e influenciar positivamente na realidade a ela relacionada. Assim é que as normas infraconstitucionais – e aqui se incluem as normas de direito privado – devem ser efetivamente densificadas pelo princípio da dignidade humana.

<sup>24</sup> Não se pode perder de vista, neste ponto, a concepção de Laurence Tribe e Michael Dorf (1991, p. 7), no sentido de que o postulado da dignidade humana não deve ser tratado como um espelho no qual todos vêem o que desejam ver, sob pena, inclusive, de se esvaziar o conteúdo e a força normativa do preceito. No mesmo sentido, a advertência de Häberle (1987, p. 823), recomendando o uso não inflacionário da dignidade humana.

<sup>25</sup> Consoante escreveu Pietro Perlingieri (2002, p. 12), “a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores”.

humana nas relações privadas. Com a influência normativa – e não apenas retórica – do valor humanitário na relação contratual, impede-se que, legitimada pela autonomia privada, torne-se o processo contratual um campo de batalhas.

Realça-se, neste ponto, a releitura da autonomia contratual à luz dos princípios constitucionais éticos. Nas palavras de Fachin e Pianovski (2008, p. 116), “a configuração contemporânea da autonomia privada, circunscrita pela lei de modo a propiciar a não afronta, pelo contratante mais forte, à liberdade do mais fraco, é o elemento fulcral dessa incidência do princípio da dignidade da pessoa sobre os contratos”.

Neste contexto, parecem novas as velhas palavras de Georges Ripert (1937, 313-314):

O contrato já não é considerado como o ato criador da obrigação, e o vínculo obrigacional já não dá ao credor poder sobre o devedor. O reconhecimento da força contratual é, diz-se, uma concepção do individualismo jurídico e a ideia dum direito subjetivo conferido ao credor é arcaica. O contrato cria simplesmente uma situação jurídica, que não poderá ser mais imutável que a situação legal. Esta situação jurídica gera conseqüências que o legislador determina soberanamente. O ato da vontade consiste unicamente em submeter-se à lei do contrato, mas não pertence às partes decidir para sempre, e em todos os casos, qual seja essa lei.

Isto não significa, contudo, tenham desaparecidos da teoria contratual os postulados da autonomia privada e obrigatoriedade dos contratos<sup>26</sup>. De forma alguma. É da própria essência do instituto a regulamentação *privada*. Daí porque se dizer que a boa-fé objetiva e a função social não têm o condão de desvirtuar integralmente a essência da obrigação

gerada pelo contrato. O juiz não pode, sob a argumentação falaciosa de se estar integrando conteúdo *ético* ao contrato, criar obrigações substancialmente diversas do que fora avençado.

Nota-se que, a despeito de toda essa remodelação constitucional do direito civil – e aqui, mais especificamente, do contrato –, subsistem sua *natureza e autonomia*. Quer-se dizer, com isso, que a influência da eticidade sobre o instituto contratual não pode retirar-lhe sua essência de veículo de direitos e interesses predominantemente individuais. A liberdade de contratar e a segurança jurídica, que também são postulados de índole constitucional, devem ser respeitados. O que se faz é apenas temperá-los com a nova roupagem principiológica do sistema contratual.

É justamente transformando e adequando os contornos do contrato que ele pode continuar a reinar sobre o direito privado, desempenhando seu fundamental papel nos âmbitos econômico e social. Nas palavras de Enzo Roppo (1988, p. 310), “as transformações do instituto contratual, que designamos em termos da sua objectivação, não contrariam, mas antes secundam, o princípio da autonomia privada, desde que se queira ter deste princípio uma noção realista e correcta”.

#### 4. O CONTRATO COMO PROCESSO E OS DEVERES GERAIS DE CONDUTA: A INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NA TEORIA CONTRATUAL

A compreensão de contrato como processo passa pelo estudo analógico da obrigação como processo. De modo que o contrato não é mais do que uma fonte da relação obrigacional, a compreensão sistemática de um induz a mesma do outro.

Não se admite mais, hoje, seja a *relação obrigacional* concebida tão-somente em sua noção estática<sup>27</sup>,

<sup>26</sup> Como pondera Teresa Arruda Alvim Wambier (2005, 76), “integralmente afastada a regra do *pacta sunt servanda*, e o contrato deixará de ser um contrato. Trata-se de uma avença que deve ser cumprida, nos termos em que tudo foi combinado. O contrato não se pode transformar naquilo que não é, nem é vocacionado a ser, sob pretexto da função social que deva ter”.

<sup>27</sup> Como lembra Judith Martins-Costa (2000, 385), “a concepção estática da relação obrigacional é uma perspectiva atomística que vem da primeira grande concepção de obrigação, gerada no direito romano. Como é por todos sabido, neste vem consagrada a ideia de que a obrigação é um vínculo jurídico que constringe uma parte a fazer algo em favor de outra”. A obrigação dita simples constitui, para o português Mota Pinto (1985, 264), “mero



como mera soma do direito de crédito e do dever de débito. A chamada relação obrigacional simples, visualizada apenas pelo vínculo que liga o credor ao devedor, mostra-se insuficiente para a compreensão do direito civil contemporâneo, uma vez que é incapaz de explicar o surgimento de direitos e deveres recíprocos entre os contratantes.

Assim é que ganha destaque o enfoque *dinâmico* da relação obrigacional. Vista não apenas como uma relação isolada, mas como uma relação jurídica integralizada, a obrigação passa a englobar os direitos e deveres anexos à prestação principal, fugindo, com isso, da sua tradicional análise atomística. Mais que isso, a noção dialética da relação obrigacional inaugura um novo paradigma ético para o direito privado. Sobre este ponto, assim se pronunciou Judith Martins-Costa (2000, 394):

A concepção da obrigação como um processo e como uma totalidade concreta põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na boa-fé objetiva.

Ora, na medida em que se considera a relação jurídica obrigacional como uma *totalidade*, para além do seu aspecto vinculativo externo, entra em jogo sua acepção interna, vale dizer, o liame imaterial, composto de direitos e deveres recíprocos, existente entre credor e devedor. Com a expressão *obrigação como processo*, afirma Couto E Silva (1976, 10), tenciona-se sublinhar “o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência”.

Daí a razão porque o contrato, de igual maneira, não pode mais ser visto como uma relação estática. A constante troca de expectativas gerada pela avença,

vínculo singular descarnado”, de modo que “deixa passar a realidade da mesma forma que as malhas duma rede deixam passar a água dum rio”.

associada aos inúmeros deveres gerais de conduta oriundos da boa-fé, faz com que se compreenda a relação contratual como um processo complexo, dinâmico e dialético.

Em sua perspectiva multifásica, o contrato pode ser violado tanto na fase de tratativas negociais quanto na fase pós-contratual. É que o *princípio da boa-fé* tem incidência durante todo o *iter* contratual<sup>28</sup>. À boa-fé objetiva, portanto, como pondera Jorge Cesa Ferreira da Silva (2002, 48), foi “conduzida e reconduzida uma série de eficácias, prévias à constituição do vínculo, contemporâneas da execução e até posteriores à realização da prestação”, encontrando na *confiança* um de seus mais importantes fundamentos materiais.

Nessa toada de despatrimonialização e conseqüente personalização do direito civil, que repõe a pessoa no centro da relação jurídica, entra em cena a *tutela da confiança legítima*. Partindo da premissa de que todo agir comunicativo, “além de carrear uma pretensão de veracidade ou de autenticidade (de fidelidade à própria identidade pessoal), desperta nos outros expectativas quanto à futura conduta do agente” (MACHADO, 1991, 352), não pode a ordem jurídica deixar de tutelar a confiança legítima gerada pelo comportamento dos contratantes.

Não se admite mais, hoje, seja a relação obrigacional concebida tão-somente em sua noção estática, como mera soma do direito de crédito e do dever de débito. A chamada relação obrigacional simples, visualizada apenas pelo vínculo que liga o credor ao devedor, mostra-se insuficiente para a compreensão do direito civil contemporâneo, uma vez que é incapaz de explicar o surgimento de direitos e deveres recíprocos entre os contratantes.

<sup>28</sup> Como se percebe, “não mais se tutela exclusivamente o momento da criação do contrato, a vontade, o consenso, mas ao contrário, a proteção das normas jurídicas vai concentrar-se nos efeitos do contrato na sociedade” (MARQUES, 1999, 127).

O chamado *venire contra factum proprium non potest*<sup>29</sup> é apenas uma das figuras parcelares da boa-fé objetiva, vale dizer, apenas um exemplo da incidência da boa-fé no processo contratual. Significa, em apertada síntese, a proibição de comportamento contraditório<sup>30</sup>. De mais a mais, pode-se dizer que, na moderna teoria dos contratos, as figuras parcelares da boa-fé possuem a função primordial de vedar o exercício inadmissível de posições jurídicas contratuais.

Importante destacar: tendo em vista se tratar de um termo plurívoco, passou-se a dividir a boa-fé em duas dimensões: objetiva e subjetiva. A primeira é norma principiológica; a segunda é fato. Enquanto princípio, a boa-fé ordena um padrão ético de confiança e lealdade na conduta; enquanto fato, a boa-fé refere-se a um estado de consciência fundado na ignorância de se estar a prejudicar outrem.

No campo contratual, impera a boa-fé objetiva, enquanto norma de comportamento a ser seguida. Via

de regra, pois, para que o contratante esteja de boa-fé, não basta o comportamento bem intencionado, desprovido de mácula. É preciso que o pactuante aja conforme um padrão ético de conduta. O que se exige das partes no campo contratual é o comportamento leal, honesto e probó.

Não é só. Enquanto norma que é, a boa-fé objetiva gera deveres secundários para os contratantes. É o que Paulo Luiz Netto Lôbo (2005) chamou de *deveres gerais de conduta*. São comportamentos que, a despeito de não estarem previstos expressamente na avença, devem igualmente ser observados, uma vez que integram o conteúdo mínimo da lealdade.

Desta forma é que, para além das disposições pactuadas, os contratantes passam a estar subordinados pelo valor da eticidade<sup>31</sup>. Eis a mais cara função da boa-fé objetiva no campo contratual: desvincula-se do contrato a noção atomística de crédito, ordenando uma concepção integralizada de lealdade. Mesmo porque, no atual paradigma do direito civil, como afirma Paulo Nalin (2005, 60), “a palavra ética ganha importância em nível de eficácia da própria lei”.

O Código Civil Brasileiro de 2002<sup>32</sup> deixou claro, em seu art. 422<sup>33</sup>, que “os contratantes são obrigados a

<sup>29</sup> Sobre o tema, confira-se a ementa do interessante julgado do STJ, no REsp 141.879-SP, de lavra do Min. Ruy Rosa do de Aguiar Jr. (DJU 22.06.1998, 90): “Loteamento. Município. Pretensão de anulação do contrato. Boa-fé. Atos próprios. Tendo o município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art. 40 da Lei 6.766/79. A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade de seu procedimento”. De mais a mais, importante notar que, décadas atrás, valendo-se de uma análise processual da obrigação, Clóvis do Couto e Silva (1976, p. 89) já observava, com perspicácia, a íntima ligação existente entre responsabilidade civil pré-negocial e boa-fé objetiva. Foi justamente o que fez o julgado. Ainda mais: apoiada em Antônio Junqueira de Azevedo, Judith Martins-Costa (2000, 509) assevera ser preciso que, “na fase pré-contratual, os candidatos a contratantes ajam, nas negociações preliminares e na declaração da oferta, com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso”.

<sup>30</sup> Nota-se, afirma Luciano de Camargo Penteado (2006, 259-260), “uma verdadeira eficácia vinculativa de atos, ainda que não atos jurídicos em sentido estrito. A parte que os pratica gerando confiança na outra parte de que aquela orientação de conduta seria mantida, ao alterar o comportamento, imprimindo-lhe direção oposta àquela original, frustra a expectativa de confiança e viola a boa-fé objetiva”.

<sup>31</sup> Ao indagar se seria a ética um valor aplicável ao Direito Civil, e sobretudo, às relações contratuais, o próprio Paulo Nalin (2005, 67) responde: “não tenho dúvida ao afirmar que sim, pois a *contrario sensu*, sua exclusão das relações interprivadas importaria em insustentável brecha na ordem do sistema jurídico, como se o direito civil não se submetesse à totalidade da normativa constitucional (valores, princípios e regras)”.

<sup>32</sup> O Código Civil italiano, em seu art. 1337, o Código Civil português, em seu art. 227 e o Código Civil alemão (BGB), em seu § 232, trazem correspondentes da posituação da boa-fé.

<sup>33</sup> O dispositivo em análise não contempla expressamente as responsabilidades pré e pós-contratual. Daí surge a seguinte interpretação do Conselho Superior da Justiça Federal: “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual (Enunciado 25). Ademais, encontra-se em trâmite o Projeto de Lei n. 6.960/02, de autoria de Ricardo Fiúza, que prevê a modificação do dispositivo. Logo, o art. 422 passaria a ter a seguinte redação: “os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, os princípios da probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da nature-

guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé". Inegavelmente se referindo à boa-fé objetiva, eis que impõe padrão de conduta, o dispositivo é considerado, por muitos, como um dos mais importantes de todo o ordenamento jurídico, tendo em vista irradiar seus efeitos para os diversos sistemas legislativos.

Vale notar que, mesmo durante a vigência do Código Civil de 1916, quando ainda inexistia regra legal assegurando a boa-fé objetiva, era possível reconhecer sua incidência na relação contratual. É que, tendo significado de regra de conduta –ou de *proposição jurídica*, para utilizarmos as palavras de Clóvis do Couto e Silva (1976, 30)–, a boa-fé impunha aos contratantes um verdadeiro *elo de cooperação*, de modo a que se pudesse chegar no fim máximo visado pelas partes: o adimplemento.

Na seara dos contratos, portanto, além de limitar a autonomia privada, o princípio da boa-fé cria aos contratantes deveres gerais de conduta, tais como: a) deveres de cuidado e segurança; b) deveres de aviso, esclarecimento e informação; c) deveres de colaboração e cooperação; d) deveres de sigilo, segredo e omissão; e) deveres de cuidado com a pessoa e o patrimônio da outra parte; f) dever de prestar conta.

Perceba-se que a partir de um olhar constitucional sobre o direito civil, do qual se extrai a eticização e personalização da teoria contratual, é possível justificar as múltiplas situações jurídicas que envolvem os pactantes, vale dizer, a concepção processual do contrato. De igual maneira, fomenta-se a responsabilização pré e pós-contratual. Em precisa síntese, dando um panorama geral sobre a incidência multifásica da boa-fé objetiva na relação contratual, assim escreveu Álvaro Villaça Azevedo (2006, 14-15):

Assim, desde o início devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação,

za do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade".

procurando razoavelmente equilibrar as prestações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, bem como cláusulas leoninas, só em favor de um dos contratantes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contratado; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa.

Após a extinção do contrato, existem, também, deveres, que devem ser respeitados pelos contratantes, como, por exemplo, o dever de não divulgar informações sigilosas de quem tomem conhecimento, segredos profissionais, de fabricação de produtos, fórmulas secretas e que devam manter sob reserva. Qualquer divulgação desses e de outros fatos, por um dos contratantes, pode causar sérios prejuízos ao outro.

Ademais, de forma que "o dever de lealdade e boa-fé atua e obriga na fase pré-contratual, antes mesmo do aperfeiçoamento do contrato; perdura no momento da definição do ajuste contratual, assim como no seu cumprimento; e subsiste, até mesmo, depois de exaurido o vínculo contratual" (Theodoro Jr., 2004, 11), a quebra, na relação negocial, dos deveres anexos criados pela boa-fé vai caracterizar a chamada *violação positiva do contrato*.

Embora o Código Civil brasileiro, em seu artigo 187, contemple literalmente o abuso de direito como modalidade de ato ilícito atípico, regido pela responsabilidade civil aquiliana, portanto, nem sempre assim será. Na verdade, é possível que o abuso de direito se dê no âmbito contratual, mormente nos casos de violação à boa-fé objetiva pela quebra de deveres gerais de conduta. Neste caso, pois, falar-se-á em responsabilidade civil contratual, de modo que se possa desvincular o abuso de direito da ideia de responsabilidade extracontratual.

Em suma, tomando-se a boa-fé objetiva como norma de conduta e o contrato como um processo, não há como negar a necessidade de observância do princípio geral de lealdade durante todas as fases da relação contratual. Daí porque se dizer que a quebra

da base ética por um dos contratantes, inclusive nas fases pré e pós-pactual, enseja responsabilidade civil. Perceba-se que o processo contratual não deve mais ser conduzido apenas pela vontade das partes. Subjacente à autonomia dos contratantes, deve a boa-fé objetiva nortear a relação pactual, de modo que toda e qualquer atuação voluntária que esteja desprovida de lealdade passa a ser controlada e repudiada pelo direito.

Não por outra razão, o dever de informação tratado pelo art. 9º do Código de Defesa do Consumidor, relativamente à nocividade ou perigo de produtos ou bens para a saúde ou a segurança do consumidor, abrange toda a relação contratual. Trata-se, assim, de um dever geral de conduta, imposto, pois, pela boa-fé objetiva<sup>34</sup>, que pode anteceder à celebração do contrato - o qual pode sequer vir a ser firmado - e persistir mesmo após a conclusão da relação de consumo, consoante autorizado pelo próprio CDC, em seu art. 10, § 1º.

Tendo em vista a desejável consolidação do *diálogo das fontes* entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor<sup>35</sup>, tudo que foi dito aqui pode - inclusive de modo mais incisivo - ser aplicado na relação consumerista<sup>36</sup>. Assim é que para o fornecedor, em especial, realça-se a necessidade de observância dos deveres gerais de conduta, sob pena de incorrer em responsabilidade civil pelo abuso de direito. Ademais, a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, de que trata o art. 4º,

<sup>34</sup> Na concepção de Ruy Rosado de Aguiar Jr. (1995, 26), em se tratando de dever que pode anteceder ou que persiste após a relação jurídica contratual, há que ser entendido como um dever decorrente da boa-fé objetiva.

<sup>35</sup> A aplicação do diálogo das fontes aqui, afirma Tartuço (2007, 31-32), justifica-se "diante de uma aproximação principiológica entre os dois sistemas legislativos, principalmente no que tange aos contratos".

<sup>36</sup> Lembre-se, apenas, que, no panorama dos contratos, as magnitudes da função social e da boa-fé objetiva serão aferidas conforme as especificidades da relação pactual em análise. Não por outra razão, "a medida interpretativa da autonomia privada contratual depende da verificação casuística da relação contratual, da relação e da medida de igualdade entre os contratantes" (NALIN, 2005, 68). Logo, a liberdade contratual não terá o mesmo conteúdo na relação contratual de consumo e na relação contratual administrativa.

inc. III, do Código de Defesa do Consumidor, deve ser pautada pela boa-fé na sua integralidade, vale dizer, durante toda o pacto consumerista.

## 5 CONCLUSÃO

A adequação do direito civil aos fundamentos constitucionais passa pela reafirmação da primazia do ser humano nas relações civis. Despatrimonializar o direito privado em prol de sua personalização constitui o mais importante fundamento do chamado direito civil-constitucional. A capacidade de enxergar as pessoas - até mesmo nas relações jurídicas civis - em sua dimensão *ontológica*, dotadas de dignidade, é o grande desafio do direito civil contemporâneo.

Muda-se a realidade, mudam-se os valores. Estes, por sua vez, ao serem convertidos em princípios e regras constitucionais, passam a orientar a aplicação e interpretação do direito. Do ponto de vista do direito privado, em especial dos contratos, redefinem-se os institutos clássicos na medida em que se avulta a importância da função social e da boa-fé objetiva.

Ao mesmo tempo em que o princípio da boa-fé, interpretado sob o viés constitucional, constitui instrumento para concretizar a abstração da cláusula geral, é ele mesmo recurso para uma concepção constitucionalizada do direito civil. Por meio da eficácia irradiante da boa-fé objetiva, e considerando o contrato como uma relação jurídica dinâmica, mostra-se possível a responsabilização civil durante todo o *iter* contratual.

A violação positiva do contrato, no sentido de quebra dos deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva, enseja a responsabilidade civil por meio da teoria do abuso de direito. Trata-se, pois, de responsabilidade civil objetiva, que prescinde da demonstração de *culpa* na conduta do agente.

Tudo isto guarda sintonia com a ideia de se transmutar o epicentro do instituto da responsabilidade civil, do autor da ação lesiva para a vítima. Isto significa que, em sendo possível se imputar um dano à conduta de alguém, o núcleo da responsabilidade de deixar de ser a aferição de *culpa* na postura do agente, passando a ser a constatação de *dano* sofrido

do pela vítima. Pensando na dignidade humana (art. 1º, III, CRFB), é mais consentâneo atribuir responsabilidade àquele que praticou – embora sem culpa – um ato lesivo, do que deixar sem ressarcimento aquele que em nada contribuiu para o evento, e ainda sim sofreu um prejuízo.

#### BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. (1995). "A boa-fé na relação de consumo." *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14. São Paulo: RT, abr./jun.

AZEVEDO, Álvaro Villaça (2006). "O novo Código Civil brasileiro". In: Delgado, Mário Luiz; Alves, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas*, v. 2. São Paulo: Método.

BARROSO, Luis Roberto (2002). *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

CANARIS, Claus-Wilhelm (2003). "A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha". *Revista Jurídica*, v. 312. Porto Alegre: Notadez: out.

CASSETTARI, Christiano (2006). "A função social da obrigação: uma aproximação na perspectiva civil constitucional". In: Tartuce, Flávio; Castilho, Ricardo. *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método.

COUTO E SILVA, Clóvis do. (1976). *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky.

\_\_\_\_\_. (1980). *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e no direito português*. Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. São Paulo: RT.

FACHIN, Luiz Edson (2003). *Teoria crítica do direito civil à luz do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar.

\_\_\_\_\_. (2004). "A "reconstitucionalização" do Direito Civil Brasileiro: lei nova e velhos problemas à

luz de dez desafios". *Revista Jurídica*, v. 324. Porto Alegre: Notadez: out.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo (2008). "A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista". *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 35. Rio de Janeiro: Padma, jul./set.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson (2009). *Direito Civil: teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

GILMORE, Grant (1988). *La morte del contratto*. Milano: Giuffrè.

HÄBERLE, P. (1987). "Die menschenwurde als grundlage der staatlichen gemeinschaft". In: Isensee, J. Kirchhof, P. (Orgs.). *Handbuch des staatsrechts der bundesrepublik deutschland*, v. 1. Heidelberg: C. F. Muller.

HESSE, Konrad (1995). *Derecho Constitucional y derecho privado*. 1. ed. Trad. espanhola de Ignacio Gutiérrez. Madrid: Cuaderno Civitas.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais (2002). "Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado". *Revista do Advogado*, n. 68. São Paulo: AASP.

LÔBO, Paulo Luiz Netto (1999). "Constitucionalização do direito civil". *Revista de Informação Legislativa*, n. 141, ano 36, Brasília, jan./mar.

\_\_\_\_\_. (2005). "Deveres gerais de conduta nas obrigações civis". Delgado, Mário Luiz; Alves, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas*, v. 4. São Paulo: Método.

MACHADO, João Baptista (1991). Tutela da confiança e "venire contra factum proprium". João Baptista Machado - Obra dispersa, v. 1. Braga: Scientia Iuridica.

MARQUES, Cláudia Lima (1999). *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT.

MARTINS-COSTA, Judith (2000). *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT.

NALIN, Paulo (2005). "Cláusula geral e segurança jurídico no Código Civil". *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 23. Rio de Janeiro: Padma, jul./set.

PENTEADO, Luciano de Camargo (2006). "Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*". *Revista de Direito Privado*, v. 27. São Paulo: RT, jul./set.

PEREIRA, Caio Mário da Silva (1990). *Instituições de direito civil*, v. III. Rio de Janeiro: Forense.

PEREZ, Jesus Gonzales (1968). *La dignidade de la persona*. [s.l.]: Civitas.

PERLINGIERI, Pietro (2002). *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar.

PINTO, Carlos Alberto da Mota (1985). *Cessão de contrato*. Rio de Janeiro: Forense.

REALE, Miguel (1992). *Temas de direito positivo*. São Paulo: RT.

RIPERT, Georges (1937). *O regime democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva.

ROPPO, Enzo (1988). *O contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina.

SARLET, Ingo Wolfgang (2007). "Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-pri-

vadas". *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 29. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar.

\_\_\_\_\_. (2009). *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.

SAVATIER, René (1964). *Les métamorphoses économiques et sociales de droit civil d'aujourd'hui*. Paris: Dalloz.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. (2002). *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar.

TARTUCE, Flávio (2007). *Direito Civil* v. 3. 2 ed. São Paulo: Método.

TEPEDINO, Gustavo. 2004. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. Temas de direito civil. 3. ed. Renovar: Rio de Janeiro.

\_\_\_\_\_. (2006). "A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas". *Revista Jurídica*, v. 341. Porto Alegre: Notadez: mar.

THEODORO JR., Humberto (2004). *O contrato e sua função social*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense.

TRIBE, Laurence H; DORF, Michael C. (1991). *On reading the Constitution*. Cambridge. Massachussets: Harvard University Press.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (2005). "Uma reflexão sobre as "cláusulas gerais" do Código Civil de 2002 - a função social do contrato". *Revista dos Tribunais*, v. 831. São Paulo: RT, jan.