

O princípio da boa-fé objetiva no direito de família*

Anderson Schreiber**

Te perdôo por te trair

Chico Buarque, *Mil perdões*

SUMÁRIO: 1. Atuais fronteiras da boa-fé objetiva. Origem negocial do conceito e sua expansão a outras espécies de relação jurídica. 2. A banalização da boa-fé objetiva. Invocação decorativa e definição instrumental. 3. Esforço de utilização técnica e especificação da cláusula geral de boa-fé objetiva. O exemplo do *nemo potest venire contra factum proprium*. 4. A boa-fé objetiva no Brasil. Gênese consumerista e a equivocada invocação como veículo de atuação dos princípios constitucionais. 5. Boa-fé objetiva e relações de família. Freqüente invocação da boa-fé em sentido subjetivo. Necessária distinção entre relações patrimoniais e relações existenciais de família. 6. Boa-fé objetiva em relações existenciais de família. A hipótese emblemática da ação negatória de paternidade. 7. Conclusão.

1. Atuais fronteiras da boa-fé objetiva. Origem negocial do conceito e sua expansão a outras espécies de relação jurídica.

Embora não fosse de todo desconhecida dos povos da Antigüidade, a noção de boa-fé objetiva, como atualmente a concebemos, surge no início do século XX, sobretudo a partir da interpretação atribuída pela doutrina e, especialmente, pela jurisprudência alemãs ao § 242 do BGB.¹ O conhecido dispositivo, segundo o qual “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa fé”,

* Palestra proferida no V Congresso Brasileiro de Direito de Família, em 28 de outubro de 2005. O texto original foi convertido para o formato de artigo, com acréscimo de notas bibliográficas.

** Professor de Direito Civil da PUC-Rio. Professor dos cursos de pós-graduação da PUC-Rio e da Fundação Getúlio Vargas. Vice-Presidente do Instituto de Direito Civil – IDC. Doutor em Direito Privado Comparado na *Università degli studi del Molise*, Itália. Mestre em Direito Civil pela UERJ. Advogado.

¹ “Pouco depois da entrada em vigor do Código Civil alemão, em 1900, assistiu-se a um proliferar de aplicações judiciais da boa fé objectiva. Entre outras, surgiram figuras como a *exceptio doli*, a inalegabilidade de nulidades formais, a *suppressio*, a adaptação às circunstâncias e a interpretação contratual complementadora. Os tribunais, sem outro apoio aparente que não o das referências vagas e inconclusivas dedicadas, pela nova lei civil, à boa fé, colocaram-se, muitas vezes, em oposição à doutrina.” (Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 314).

ganhou progressivamente, na atuação das cortes, a roupagem de cláusula geral apta a transformar o direito das obrigações, e assim difundiu-se por todo o mundo, alterando de modo significativo o sentido das soluções tradicionalmente reservadas aos conflitos contratuais.²

É inegável que a boa-fé objetiva nasce e se desenvolve em um contexto exclusivamente negocial.³ Sua parcial inspiração na *bona fides* romanística e a própria conotação literal da expressão germânica *Treu und Glauben* jamais deixaram de vincular o conceito a idéias mais gerais de lealdade e respeito às expectativas alheias, mas a invocação concreta da boa-fé objetiva consolidou-se, essencialmente, como fórmula de interpretação contratual e fonte de deveres anexos às prestações principais voluntariamente estabelecidas entre contratantes.⁴

É justamente pela imposição de tais deveres, de matriz não-voluntarista, aptos a frear certos comportamentos antes tidos como irresistíveis na esfera contratual, que a boa-fé objetiva deixa revelar, gradativamente, suas potencialidades como meio de controle do exercício de posições jurídicas. O conceito assume, deste modo, um papel revolucionário: o de instrumento de

² “A boa-fé objetiva conheceu, portanto, uma formidável expansão no século XX. Países como Itália, Portugal e Espanha fizeram uso dela na sua recodificação. A generalidade cada vez maior da boa-fé fez, inclusive, com que as Nações Unidas reconhecessem-na como parâmetro hermenêutico nos tratados que versam sobre o comércio internacional, como a Convenção de Viena (1980), sobre a compra e venda de mercadorias.” (Bruno Lewicki, *Panorama da Boa-fé Objetiva*, in Gustavo Tepedino (coord.), *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 62).

³ “Foi no domínio dos contratos (*rectius*, do cumprimento das obrigações contratuais) que a norma do comportamento de boa fé germinou e encontrou sua guarida mais segura. Acolhida aí como em seu domínio originário, expandiu-se depois por outros âmbitos e por diversas formas de interação entre sujeitos, de que a relação pré-contratual é porventura o exemplo mais significativo.” (Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 431-432).

⁴ Expressamente neste sentido, Orlando Gomes, *Obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 108: “O princípio da boa-fé tem sua aplicação limitada às obrigações contratuais por ser corolário do postulado da fé jurada, segundo o qual todo homem deve honrar a palavra empenhada.” A associação entre a boa-fé objetiva e o direito das obrigações também é originária da construção germânica. Conferir, sobre o tema, Dieter Medicus, *Tratado de las Relaciones Obligatorias*, vol. I, Barcelona: Bosch, 1995, pp. 74-78: “*El BGB ha instalado el principio de la buena fe en la cúspide del derecho de obligaciones: todas las relaciones obligacionales debían subordinarse a este principio; es decir, no debía darse ya más relación obligacional alguna de derecho estricto*”.

resistência ao liberalismo jurídico que procurava, o quanto possível, subtrair a autonomia privada à análise estatal, de tipo administrativo ou judiciário.⁵

Inicialmente, porém, a incidência da boa-fé objetiva permanece estritamente limitada a relações contratuais, onde os abusos da autonomia privada se verificavam de forma intensa e desenfreada.⁶ Uma tendencial expansão da boa-fé objetiva se verifica apenas no que tange a relações intimamente vinculadas com o campo obrigacional ou que passam a ser compreendidas sob a sua ótica. É deste modo, por exemplo, que a boa-fé objetiva elege-se em critério para a verificação de chamada responsabilidade pré-contratual, antes mantida sob o signo das relações meramente fáticas, não-jurídicas, ou contemplada de forma excepcional à luz da chamada culpa *in contrahendo*.⁷

É somente em um segundo momento, diante do extraordinário desenvolvimento da boa-fé objetiva nestas situações de tipo negocial, que sua expansão vem se impor, progressivamente, sobre outras espécies de relações jurídicas como critério de controle de legitimidade do exercício da autonomia privada em geral. Passa-se mesmo a se admitir a incidência da boa-fé objetiva no direito público, onde a atuação dos órgãos administrativos vinha historicamente controlada por mecanismos próprios, como o princípio da moralidade administrativa ou a repressão ao desvio de finalidade.⁸ Embora alguma resistência a

⁵ Na lição de Gustavo Tepedino: “De fato, cuidava-se da garantia legal mais elevada quanto à disciplina das relações patrimoniais, resguardando-as contra a ingerência do Poder Público ou de particulares que dificultassem a circulação de riquezas. O direito público, por sua vez, não interferiria na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas.” (*Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 3^a ed., pp. 2-3).

⁶ Ver, por todos, Enzo Roppo, *O Contrato*, Coimbra: Almedina, 1988, p. 38: “A disparidade de condições económico-sociais existente, para além do esquema formal da igualdade jurídica abstracta dos contraentes, determina, por outras palavras, disparidade de ‘poder contratual’ entre partes fortes e partes débeis, as primeiras em condições de conformar o contrato segundo os seus interesses, as segundas constrangidas a suportar a sua vontade, em termos de dar vida a contratos substancialmente injustos: é isto que a doutrina baseada nos princípios da liberdade contratual e de igualdades dos contraentes, face à lei, procura dissimular, e é precisamente nisto que se manifesta a sua função ideológica.”

⁷ Sobre a responsabilidade pré-contratual, cf. Regis Fichtner Pereira, *A Responsabilidade Civil Pré-contratual*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁸ Não é irrelevante, porém, que mesmo no âmbito do direito público, os receptores iniciais da boa-fé objetiva tenham sido, em diversos ordenamentos, o direito processual civil e o direito tributário, ambos estritamente

esta extensão ainda se verifique, e seja inegável uma parcial sobreposição entre a boa-fé objetiva e certos institutos limítrofes de direito administrativo, não há dúvida de que a jurisprudência vem, a despeito disto, corroborando a aplicabilidade daquela cláusula geral aos conflitos instaurados entre particulares e Administração Pública.⁹

Agora, a boa-fé objetiva parece direcionar-se, por toda parte, à superação da sua última fronteira: a das relações existenciais. De fato, a gênese obrigacional do conceito não tem impedido sua invocação em divergências inteiramente apartadas do campo patrimonial, como as que habitualmente surgem no âmbito do direito de família.¹⁰

A busca de uma justificativa técnica para tal ampliação parece, todavia, desfavorecida diante de uma contumaz associação da boa-fé objetiva com a ética, com a equidade, com o comportamento digno, e com os mais elevados valores sociais – associação que, embora sedutora, retira da cláusula geral da boa-fé objetiva sua utilidade técnica na solução dos conflitos concretos. Tem-se, assim, a construção de um cenário onde a aplicação da boa-fé objetiva vem sempre defendida, mas vai, gradativamente, adquirindo, na ausência de especificação de seu conteúdo, um papel puramente decorativo nas decisões judiciais.

vinculados ao direito privado, o primeiro por sua instrumentalidade ao direito civil, e o último, por sua base flagrantemente obrigacional. Para a posterior conquista de outros ramos do direito público, a boa-fé objetiva contou ainda com o desprestígio da própria dicotomia público-privado, relegada na atualidade ao âmbito puramente acadêmico. Sobre este último tema, ver, por todos, Michele Giorgianni, *O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras*, in *Revista dos Tribunais* 747/38.

⁹ Confira-se, por emblemática, a decisão do Superior Tribunal de Justiça em que o Min. Ruy Rosado de Aguiar destacou: “Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela Administração Pública, e até com mais razão por ela” (Recurso Especial 141.879/SP, 17.3.1998).

¹⁰ A rigor, a referência nominal à boa-fé neste campo já é antiga, mas se limitava quase sempre ao seu sentido subjetivo. Confira-se, entre outros, Marco Túlio de Carvalho Rocha, que, ao tratar da ação negatória de paternidade, afirma: “quando é o pai o interessado na impugnação, diferentemente, o bem jurídico tutelado é a boa-fé. Neste caso, a negatória de paternidade afigura-se proteção à boa-fé do marido a quem, por presunção *juris tantum*, é atribuída a paternidade, como reflexo do dever de fidelidade sexual que toca a ambos os cônjuges” (*Prazo para impugnar a paternidade*, in *Revista Jurídica*, vol. 296, jun. 2002, p. 49). Também é comum a invocação da *fides* romana como base de específicos institutos do direito de família, como o dever de fidelidade conjugal. Neste sentido, ver Regina Beatriz Tavares da Silva, *Débito Conjugal*, in Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro – Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 531-541.

2. A banalização da boa-fé objetiva. Invocação decorativa e definição instrumental.

O componente ético da boa-fé objetiva é, para diversos autores, sua maior virtude.¹¹ Paradoxalmente, é também a origem da sua fragilidade sob o ponto de vista científico. A amplitude característica de uma cláusula geral, somada às dificuldades de sua especificação técnica e ao seu intenso poder de convencimento, vem dando ensejo a uma invocação puramente *ética* da boa-fé objetiva, que é inversamente proporcional à sua utilização *técnica* pelas cortes judiciais.

Confira-se, entre tantos outros exemplos, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em que se invocou a boa-fé objetiva como fundamento para reprimir o inadimplemento de obrigação de fazer:

“Indenizatória. Inadimplemento contratual. Incorporação imobiliária. Empreitada. Atraso na conclusão das obras. Obrigação de fazer. (...) Fere a boa-fé objetiva que deve estar presente nos contratos, o incorporador que, pondo a venda as unidades a serem construídas, deixa atrasar a obra, não cumprindo a obrigação de fazer a que se obrigara.”¹²

O justificar, neste caso concreto, a responsabilidade do contratante com base na boa-fé objetiva não é apenas desnecessário, mas equivocado, na medida em que se está ali diante de inadimplemento obrigacional, que, por si só, enseja a responsabilização. A decisão revela, todavia, que a alusão à boa-fé objetiva vem se tornando “cláusula de estilo” na fundamentação judicial, empregada, muitas

¹¹ Daí a mais elevada doutrina definir a boa-fé “como idea de conducta ética en el ejercicio de los derechos” ou “como criterio o estándar ético” (Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial – Las Relaciones Obligatorias*, vol. II, Madrid: Editorial Civitas, 1993, pp. 109 e 119)

¹² Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível 2001.001.26377, 12.6.2002.

vezes, como sinônimo de equidade, de moralidade, ou como uma espécie de conceito-síntese de todo o ordenamento jurídico.¹³

Invocada como receptáculo de todas as esperanças, a boa-fé objetiva acaba por correr o risco de se converter em um conceito vazio, inútil mesmo na consecução daqueles fins que cientificamente lhe são próprios. Na crítica precisa de Menezes Cordeiro, que passa quase sempre despercebida nas releituras de sua obra e nos estudos sobre a boa-fé objetiva, verifica-se uma “mitificação do conceito”, caracterizada pelo seu “arvorar linguístico em princípio todo poderoso, em regra fundamental que tudo domina, em teor ético-social do Direito”.¹⁴ E assim conclui o professor português:

“Esta linguagem grandiloquente pitoresca, que domina a literatura e os espíritos dos juristas quando da boa fé se trate é, quanto ao conteúdo, profundamente vazia. A sua própria ilimitação descaracteriza-o de tal modo que impossibilita o retirar de quaisquer soluções reais. As remissões para ordens ou sentimentos extra-jurídicos mais acentuam o mito, rematado pela idéia comum, de que, por inomeáveis implicações jusfilosóficas, a boa fé, de aplicações múltiplas e inoportáveis, se torna de estudo difícil ou impossível.”¹⁵

Também a doutrina cede, vez por outra, à referida tentação, não apenas invocando a boa-fé objetiva em contextos impróprios, mas sobretudo renunciando à sua especificação técnica e científica. Não é incomum, por exemplo,

¹³ Sobre os riscos do esvaziamento de conteúdo da boa-fé objetiva, ver Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, *Os Efeitos da Constituição em relação à Cláusula da Boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil*, in Revista da EMERJ, vol. 6, n. 23, 2003, pp. 139-151.

¹⁴ Na íntegra: “Mas porque a boa fé mantém-se, a nível juscientífico, como fonte efectiva de soluções novas, a impossibilidade científica de captar o fenómeno, num retrocesso gnoseológico surpreendente, ocorreu a mitificação do conceito. Na falta de um captar da noção, procedeu-se ao seu arvorar linguístico em princípio todo poderoso, em regra fundamental que tudo domina, em teor ético-social do Direito ou em cerne imanente de limitações internas de posições jurídicas.” (António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da Boa fé no Direito Civil*, cit., pp. 402-403).

¹⁵ António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da Boa fé no Direito Civil*, cit., pp. 402-403.

que a boa-fé objetiva venha apresentada simplesmente como um princípio que “atende ao ideal de justiça e ao direito natural”, impondo “a conduta normal e correta para as circunstâncias, seguindo o critério do razoável”.¹⁶ E mesmo a consagrada tríplice função da boa-fé objetiva – como (i) critério interpretativo; (ii) fonte de deveres anexos; e (iii) limite ao exercício de direitos¹⁷ – vem, não raro, tomada por definição na prática advocatícia. A rigor, tais funções, consagradas também no direito positivo,¹⁸ embora sejam úteis em esclarecer para *o que serve*, não dizem *o que é* a boa-fé objetiva, não precisam seu conceito, e não advogam em um sentido ou em outro na difícil decisão dos casos concretos.

3. Esforço de utilização técnica e especificação da cláusula geral de boa-fé objetiva. O exemplo do *nemo potest venire contra factum proprium*.

De tudo isto decorre a necessidade de um esforço duplo. Em primeiro lugar, cumpre resistir a este uso ornamental, simbólico, quase mitológico da boa-fé objetiva, enfatizando o seu conceito técnico como cláusula geral que impõe deveres de lealdade e respeito à confiança recíproca entre as partes de uma relação jurídica, à margem da expressa constituição de obrigações neste sentido.¹⁹ Em segundo

¹⁶ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil – Parte Geral*, vol. 1, São Paulo: Atlas, 2005, 5ª ed., p. 417.

¹⁷ A referida tripartição funcional, inspirada nas funções do direito pretoriano romano, foi modernamente sugerida por Boehmer, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, apud Franz Wieacker, *El Principio General de la Buena Fe*, Madrid: Editorial Civitas, 1982, 2ª ed., p. 50: “(...) el parágrafo 242 BGB actúa también *iuris civilis iuvandi, supplendi o corrigendi gratia*.” No Brasil, essa classificação foi amplamente adotada. Confira-se Antonio Junqueira de Azevedo, *Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil na Questão da Boa-fé Objetiva nos Contratos*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 1, p. 7: “Essa mesma tríplice função existe para a cláusula geral de boa-fé no campo contratual, porque justamente a idéia é ajudar na interpretação do contrato, *adjuvandi*, suprir algumas das falhas do contrato, isto é, acrescentar o que nele não está incluído, *supplendi*, e eventualmente corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido de justo, *corrigendi*.” No mesmo sentido, Ruy Rosado de Aguiar, *A Boa-Fé na Relação de Consumo*, in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, p. 25, ao tratar especificamente das relações de consumo: “Na relação contratual de consumo, a boa-fé exerce três funções principais: a) fornece os critérios para a interpretação do que foi avençado pelas partes, para a definição do que se deve entender por cumprimento pontual das prestações; b) cria deveres secundários ou anexos; e c) limita o exercício de direitos”.

¹⁸ Confira-se, no Código Civil brasileiro, os artigos 113, 187 e 422.

¹⁹ Como representativos deste esforço na doutrina brasileira, é de se conferir, entre outros, Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado – Sistema e Tópica no Processo Obrigacional*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000; Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998; e Bruno Lewicki, *Panorama da Boa-fé Objetiva*, cit.

lugar, faz-se imperativo o estabelecimento de critérios objetivos para a aplicação desta cláusula geral, com a construção de um acordo interpretativo mínimo em torno dos resultados da incidência da boa-fé objetiva em conflitos concretos.

E é justamente o que se vem começando a fazer por toda parte. Tome-se, a título ilustrativo, a proibição de comportamento contraditório, sintetizada no adágio segundo o qual *nemo potest venire contra factum proprium* (ninguém pode vir contra o próprio ato).²⁰ Significa isto dizer, em apertada síntese, que alguém que se comporte em certo sentido, não pode vir a contrariar, posteriormente, este comportamento inicial, lesando a legítima confiança despertada em outrem, sob pena de violação à boa-fé objetiva.²¹

Os tribunais brasileiros têm aplicado amplamente a vedação ao *venire contra factum proprium*, como expressão da cláusula geral de boa-fé objetiva. O Supremo Tribunal Federal já invocou o adágio para impedir a impugnação de regime matrimonial de bens que o impugnante admitira, por atos anteriores, ser-lhe aplicável.²² O Superior Tribunal de Justiça, em ampla consagração da proibição de comportamento contraditório, já rejeitou, por exemplo, pedido de anulação de contrato por falta de outorga uxória proposto pela mulher do contratante, que, em ocasiões precedentes, comportara-se como se válido fosse o ajuste.²³ E também os tribunais estaduais têm invocado, repetidamente, a vedação ao *venire contra factum proprium*.²⁴

²⁰ Sobre a proibição de comportamento contraditório, também denominada teoria dos atos próprios, é fundamental a referência a Erwin Riezler, *Venire contra factum proprium – Studien im Römischen, Englischen und Deutschen Civilrecht*, Leipzig: Verlag Von Duncker & Humblot, 1912; Luis Díez-Picazo, *La doctrina de los propios actos – Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona: Bosch, 1963; João Baptista Machado, *Obra Dispersa*, vol. I, Braga: Scientia Iurídica, 1991; e Alejandro Borda, *La Teoría de los Actos Propios*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

²¹ Sobre a releitura do *nemo potest venire contra factum proprium* como meio de tutela da confiança, seja permitido remeter a Anderson Schreiber, *A Proibição de Comportamento Contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 65-122.

²² STF, Recurso Extraordinário 86.787/RS, Rel. Min. Leítão de Abreu, 20.10.1978.

²³ STJ, Recurso Especial 95539/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 3.9.1996.

²⁴ Veja-se, a título ilustrativo, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo por meio da qual se impediu uma cooperativa médica de deixar de pagar auxílio funerário aos herdeiros de certo sócio falecido. Embora o estatuto da cooperativa apenas previsse o pagamento ao cônjuge supérstite ou a quem o *de cuius* houvesse indicado como beneficiário, e os herdeiros em questão não se encaixassem em nenhum destes casos,

No Brasil e no exterior, tem-se reconhecido a utilidade deste e de outros modelos de comportamento vedados pela boa-fé objetiva, que auxiliam o Poder Judiciário na sua tormentosa tarefa de especificar o amplo conteúdo da cláusula geral.²⁵ Evita-se, com isto, uma utilização atécnica, vaga e puramente simbólica da boa-fé objetiva, em um esforço que se faz ainda mais necessário no direito brasileiro.

4. A boa-fé objetiva no Brasil. Gênese consumerista e a equivocada invocação como veículo de atuação dos princípios constitucionais.

A boa-fé objetiva não encontrava até 1990 expressa incorporação no direito positivo brasileiro.²⁶ Sua introdução deu-se por meio do Código de Defesa do Consumidor, que aludiu à boa-fé objetiva como princípio da política nacional de consumo, exigindo sua observância nas relações estabelecidas entre fornecedores e consumidores.²⁷

verificou-se que a cooperativa, em mais de uma ocasião, prestara o benefício a herdeiros de sócios falecidos nas mesmas condições, de tal forma que a negativa contrariaria o seu próprio comportamento anterior e a legítima confiança dos sucessores (TJSP, Apelação Cível 069.715-4/2-00, 16.3.1999).

²⁵ Entre estes modelos de comportamento considerados inadmissíveis por força da boa-fé objetiva, avultam em importância o *tu quoque* e a *Verwirkung*. Cf. Anderson Schreiber, *A Proibição de Comportamento Contraditório*, cit., pp. 174-185.

²⁶ Antes disso, apenas o Código Comercial brasileiro, de 1850, trazia, em seu artigo 131, referência à boa-fé como critério interpretativo dos contratos comerciais, o que, embora deva ser tomado em sentido objetivo, não esgota as funções já mencionadas da cláusula geral de boa-fé objetiva, como atualmente a compreendemos. Não obstante a ausência de previsão legislativa, a doutrina já se referia à boa-fé objetiva na esteira da construção alemã. Confira-se, por todos, o ensinamento de Clóvis do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 30, segundo o qual “a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao §242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta.” Sobre o papel desempenhado pela boa-fé no direito obrigacional brasileiro, ver a obra, também fundamental, de Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado – Sistema e Tópica no Processo Obrigacional*, cit., especialmente pp. 381-515.

²⁷ Ver, em especial, o art. 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, que, entre os princípios da política nacional de relações de consumo, arrolou a “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”. Também merece atenção o art. 51, inciso IV, que incluiu, entre as cláusulas abusivas, aquelas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Sendo aplicada inicialmente apenas em relações de consumo, a boa-fé objetiva acabou adquirindo um caráter reequilibrador, protetivo, pró-consumidor, que não era inerente ao seu conteúdo dogmático, mas que compunha a finalidade normativa do próprio Código de Defesa do Consumidor.²⁸ Mais: como o código consumerista traz um sem-número de instrumentos específicos dirigidos a esta finalidade, a jurisprudência brasileira habituou-se a invocar a boa-fé objetiva ao lado ou adicionalmente a tais instrumentos, que, por si só, já determinavam o conteúdo da decisão judicial.

Assim, por exemplo, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, após entender configurada publicidade enganosa, aplica os arts. 30 a 35 do Código de Defesa do Consumidor, a fim de determinar “a vinculação do fornecedor de produto às informações ou publicidade veiculada” e assegurar ao consumidor “a devolução do valor adiantado e ainda indenização por perdas e danos”, declarando, adicionalmente, e sem explicação adequada, restar, “assim, vulnerado o princípio da boa-fé”.²⁹

No contexto consumerista, os magistrados não viam necessidade de refletir e discorrer sobre o conteúdo da boa-fé objetiva, a forma de sua aplicação ao caso concreto, ou o peso daquela noção no seu convencimento, porque já as demais normas aplicáveis conduziam àquele resultado: a decisão mais favorável ao consumidor. A extensão da boa-fé objetiva às relações paritárias, por força da

²⁸ Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, *Os Efeitos da Constituição em relação à Cláusula da Boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil*, cit., p. 142.

²⁹ TJRJ, Apelação Cível 2005.001.16395, 24.8.2005. A ementa sintetiza a decisão: “Código de Defesa do Consumidor. Título de capitalização. Propaganda enganosa. Promessa de aquisição de imóvel. Obrigação de devolver o valor pago e indenizar por danos morais. Consumidor levado a crer, mediante propaganda enganosa, que adquiria um imóvel, tem direito a ser restituído, pois as características desse contrato são pouco conhecidas entre nós, sendo de considerar-se no caso o exato teor de instrumento assinado pela consumidora, apresentando realidade desconforme com o prometido, resultando, assim, vulnerado o princípio da boa-fé. É de se aplicar, portanto, as regras estabelecidas nos arts. 30 e 35 do código de defesa do consumidor, que determinam a vinculação do fornecedor de produto às informações ou publicidade veiculada, por qualquer forma ou meio de comunicação, com relação a produtos oferecidos, integrando ainda o contrato que vier a ser celebrado, garantido ao consumidor, se desejar, a devolução do valor adiantado e ainda indenização por perdas e danos. Desprovimento do recurso.”

interpretação que já era dominante ou das normas expressas consagradas no Código Civil de 2002, veio revelar a face preocupante do problema. Nas relações desprovidas de um pólo vulnerável, a invocação meramente confirmatória da boa-fé objetiva, sem especificação de seu conteúdo, não logra auxiliar o julgador em termos efetivos. A boa-fé objetiva se converte em fundamento estéril, em alusão vazia, a serviço da melhor retórica.

Pior: o que se nota, observando a produção mais recente dos tribunais brasileiros, é que a boa-fé objetiva vai assumindo, na sua aberta generalidade, a insólita função de veículo de aplicação dos princípios constitucionais nas relações privadas. Neste sentido, a jurisprudência tem associado, de forma indevida, a violação à boa-fé objetiva e a lesão à dignidade humana.³⁰

Embora a construção possa ter tido sua utilidade em ambientes tradicionalmente hostis à normatividade dos princípios constitucionais, parece evidente que um tal procedimento hoje é inteiramente injustificável diante do amplo reconhecimento, entre nós – até pela doutrina constitucionalista³¹ –, da aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas. A referência à boa-fé objetiva como válvula ou instrumento de tal aplicação não é apenas prescindível, mas inaceitável diante do risco de reedição da velha mentalidade civilística segundo

³⁰ Ilustrativa é a linguagem empregada por decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em que se lê: “É cabível na hipótese, indenização por danos morais, tendo em vista que houve ferimento ao princípio da boa-fé objetiva, tendo a apelada agido com abuso de confiança, causando ao apelante constrangimento, angústia e estresse, principalmente perante sua família, devendo tal sofrimento ser imediatamente compensado, na tutela do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.” (TJRJ, Apelação Cível 2004.001.26465, 14.12.2004).

³¹ A aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas foi defendida inicialmente, no Brasil, apenas pela doutrina civilística. Marco inicial desta corrente de pensamento é o estudo de Gustavo Tepedino intitulado *Pelo Princípio de Isonomia Substancial na Nova Constituição – Notas sobre a Função Promocional do Direito*, in *Atualidades Forense* n. 112, ano 11 (1987), pp. 30-35. Ver também Gustavo Tepedino, *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, cit.; e Maria Celina Bodin de Moraes, *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*, in *Revista de Direito Civil*, vol. 65, 1993, pp. 21-32. Só mais recentemente, a melhor doutrina constitucionalista veio reconhecer a aplicabilidade direta dos princípios constitucionais, passando a se ocupar dos seus revolucionários efeitos nas relações privadas. Confira-se, por todos, Luís Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 240, 2005, pp. 1-42, com ampla análise dos efeitos da “constitucionalização” dos diversos ramos do direito, inclusive do direito civil.

a qual as normas constitucionais devem ser interpretadas, enquadradas e lidas à luz dos conceitos de direito civil.³²

Embora possa encontrar inspiração em certos princípios constitucionais, como o princípio da solidariedade social,³³ a boa-fé objetiva tem absoluta autonomia conceitual com relação a tais normas. Sua utilização como meio de incidência da principiologia constitucional traz graves riscos de uma inversão hermenêutica tão conhecida do passado recente do direito privado, e que tão significativos estragos pode trazer, sobretudo à solução dos conflitos entre interesses existenciais, como aqueles que se verificam freqüentemente no campo do direito de família.

5. Boa-fé objetiva e relações de família. Freqüente invocação da boa-fé em sentido subjetivo. Necessária distinção entre relações patrimoniais e relações existenciais de família.

Têm se tornado cada vez mais freqüentes as referências ao “princípio da boa-fé objetiva no direito de família”, justificadas não raro com base na jurisprudência dos últimos anos. Cumpre, todavia, distinguir, no amplo conjunto de decisões invocadas neste sentido, três espécies de situações fundamentalmente distintas.

³² Como ensina Pietro Perlingieri, perde hoje sentido “a preferência ao recurso à ‘precisa disposição’, devendo-se sempre operar sobre ela um controle de valor por parte do ordenamento (*meritevolezza*); controle que exige necessariamente a individuação de uma *ratio iuris* em harmonia e em conformidade com o sistema. Se toda norma exprime sempre um princípio, este deve ser confrontado com os princípios fundamentais.” (*Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 74-75).

³³ Neste sentido, ver, por todos, Massimo Bianca: “*Sulla base dell’esperienza, confermata anche da scarsa ma indicativa giurisprudenza, può dirsi che la buona fede in senso oggettivo o correttezza si riporta all’idea di fondo della solidarietà. Ma con riferimento alle parti del rapporto contrattuale essa esprime una concreta esigenza di solidarietà che può indicarsi come solidarietà contrattuale.*” (*La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, ano XXIX, 1983, 1ª parte, p. 209).

A primeira diz respeito aos inúmeros conflitos de direito de família em que, mesmo diante de referência nominal à “boa-fé objetiva” ou de alusão simplesmente à “boa-fé”, o conceito vem aplicado em sua acepção subjetiva ou psicológica. Assim, por exemplo, referem-se à boa-fé subjetiva as decisões que tratam da presunção de boa-fé da mãe com relação à motivação da viagem com o filho ao exterior,³⁴ ou ainda da boa-fé do cônjuge em casamento putativo.³⁵ Não há dúvida que, em casos assim, a boa-fé tem aplicação, mas se está, claramente, diante de boa-fé subjetiva, também chamada boa-fé psicológica, consistente na ausência de malícia e no desconhecimento pelo sujeito dos vícios incidentes sobre o ato que se pratica.³⁶

A segunda situação frequentemente inserida sob o signo da “boa-fé objetiva em relações de família” é aquela em que, embora aplicando-se efetivamente a boa-fé em seu sentido objetivo, não se está diante de uma relação de

³⁴ “Merece credibilidade, até prova em contrário, a declaração de uma mãe no sentido de que uma viagem do filho ao exterior tem por finalidade visitar os parentes que lá residem e que o mesmo retornará ao Brasil ao término das férias. Essa presunção de boa-fé se torna ainda mais robusta em face dos elementos trazidos aos autos e que evidenciam os vínculos familiares, sociais e trabalhistas da agravada em nosso País: tem uma filha de 14 anos que, por deficiência auditiva, não teria condições de se adaptar em país de língua estrangeira; ocupa cargo de alto nível em empresa nacional de grande porte; reside no Brasil há muitos anos; a criança estuda no Rio, em colégio de boa qualidade, e informou não ter contato com o pai há muito tempo, sequer se lembrando da última vez que com ele falou; não há qualquer interesse do pai pela posse e guarda e do filho, tanto assim que não o procura desde 1995, estando no momento em lugar desconhecido” (TJRJ, Apelação Cível 1999.002.06828, 3.8.1999).

³⁵ “Casamento putativo. Boa-fé. Direito a alimentos. Reclamação da mulher. 1. Ao cônjuge de boa-fé aproveitam os efeitos civis do casamento, embora anulável ou mesmo nulo (Cód. Civil, art. 221, parágrafo único). 2. A mulher que reclama alimentos a eles tem direito mas até à data da sentença (Cód. Civil, art. 221, parte final). Anulado ou declarado nulo o casamento, desaparece a condição de cônjuges. 3. Direito a alimentos ‘até ao dia da sentença anulatória’. 4. Recurso especial conhecido pelas alíneas a e c e provido” (STJ, Recurso Especial 69108/PR, 16.12.1999).

³⁶ A distinção entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva é acolhida por toda parte: “*Sembra incontestabile l'esistenza di due concetti positivamente rilevanti, di buona fede. La dottrina si è, infatti, da tempo incaricata di sottolineare la netta differenza che si ravvisa tra le ipotesi in cui ad un soggetto è richiesto di comportarsi 'secondo buona fede' (come avviene con riferimento alla formazione, interpretazione, esecuzione del contratto: art. 1337, art. 1366, art. 1375), e quelle in cui viene in risalto un particolare stato psicologico dell'individuo che l'ordinamento definisce 'in buona fede'. È appena opportuno ricordare che si è distinta, in proposito, una buona fede 'oggettiva' da una buona fede 'soggettiva'. Brevemente, si può dire che, nel primo significato, la buona fede si pone come regola di condotta (e di valutazione di una condotta). Tale regola sembra, anzi, far rinvio, per una sua precisa determinazione, a criteri extragiuridici. In questo senso può affermarsi che la buona fede si configura come comportamento onesto, corretto, leale; e perciò essa implica certamente una valutazione di natura etico-sociale, anche se non sarebbe esatto affermare che si risolve in essa. Nell'altro significato, la buona fede è intesa come convincimento di tenere un comportamento conforme a diritto.*” (Umberto Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1968, pp. 3-6).

família propriamente dita, mas tão-somente de uma relação negocial situada em um contexto de direito de família. Assim, por exemplo, as decisões que analisam o efeito vinculante dos chamados ajustes de divisão de bens celebrados “por fora” no momento da dissolução da união conjugal.³⁷ Em tais hipóteses, a relação que se examina tem natureza obrigacional, patrimonial, não restando dúvida quanto à aplicabilidade da boa-fé objetiva, como é natural a um conceito concebido e aperfeiçoado no direito das obrigações. O contexto do direito de família, embora possa interferir na decisão do conflito concreto, não afasta, certamente, a incidência da cláusula geral em virtude da própria natureza da controvérsia.

Destes casos se aproximam, em certa medida, as hipóteses em que se discutem prestações patrimoniais inerentes a uma relação de família, como na decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que impediu a extinção de execução de alimentos “a favor de quem sempre se conduziu sem boa fé objetiva”,³⁸ ou ainda no polêmico acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, atestando “dúvida acerca da necessidade e importância dos estudos realizados pela alimentanda”, decidiu que “viola a boa-fé objetiva a conduta da filha que utiliza os estudos como artifício para manter a pensão alimentícia dada pelo seu pai”.³⁹ Certo é que, em tais situações, o aspecto patrimonial é intensamente funcionalizado a um componente existencial – a subsistência do alimentando –, mas a aplicação da boa-fé objetiva vem admitida com certa tranqüilidade diante da própria estrutura prestacional do dever de alimentos.

³⁷ “Direito de Família. (...) O transunto do acordado na separação judicial, sob o selo régio da homologação judicial, é o que juridicamente sobrevive válido. O que as partes, ainda que de boa fé, tenham ajustado verbalmente, na expressão usada pelas litigantes ‘por fora’, é dado como inexistente para o universo jurídico, em termos de revisionamento às obrigações assumidas. O acordo sacramentado faz lei entre as partes, e a revisão só se tem por pertinente daquilo que, concretamente, existe no mundo jurídico. Fora dela mera abstração. Decisão que, ante a impossibilidade jurídica do pedido, emprestou correta solução ao litígio, credencia-se à confirmação de Instância de Revisão. Agravo retido prejudicado e apelo desprovido”. (TJRJ, Apelação Cível 1995.001.03844, 27.2.1996).

³⁸ TJRJ, Apelação Cível 2004.001.13877, 27.1.2005.

³⁹ “Alimentos. Maioridade. Exoneração de pensão alimentar. Dúvida acerca da necessidade e importância dos estudos realizados pela alimentanda. Recurso conhecido e não provido. Viola a boa-fé objetiva a conduta da filha que utiliza os estudos como artifício para manter a pensão alimentícia dada pelo seu pai” (TJMG, Apelação Cível 1.0016.03.026488-7/001, 10.3.2005). Sobre o tema, ver, ainda, TJRJ, Apelação Cível 2001.001.16422, 11.12.2001.

A terceira espécie de situação – esta sim, a exigir análise cautelosa – é a única que, a rigor, corresponde efetivamente à aplicação da boa-fé objetiva às relações de família, e diz respeito às relações existenciais de direito de família.

6. Boa-fé objetiva em relações existenciais de família. A hipótese emblemática da ação negatória de paternidade.

Neste campo, a incidência da boa-fé objetiva deve ser vista com cuidado, não porque a cláusula geral não se aplique, mas porque o caráter existencial da relação atrai, de forma muito mais intensa, a incidência de princípios constitucionais que podem se chocar com a lógica negocial que subjaz, ao menos em perspectiva histórica, ao desenvolvimento da cláusula geral de boa-fé objetiva. De fato, toda a evolução recente do direito de família conduz à valorização do aspecto existencial – vez por outra, dito “afetivo” – das relações constituídas no seu âmbito.⁴⁰

Não por outra razão, as decisões, aqui, são bem mais raras. Pode-se, contudo, tomar como emblemática a hipótese de proibição à ação negatória de paternidade por parte do pai presumido, que sempre se comportou perante o suposto filho menor como se fosse seu verdadeiro pai.⁴¹ Na esteira da expansão da boa-fé objetiva, tem-se entendido que a cláusula geral vedaria esta ação negatória, por representar *venire contra factum proprium* da parte do pai presumido, que,

⁴⁰ “No decorrer dos anos que se passaram após a entrada em vigor do Código Civil de 1916, em virtude das inúmeras mutações sociais, diversas transformações marcaram a disciplina jurídica da família, destacando-se a admissão do reconhecimento dos filhos adulterinos, a emancipação da mulher casada e a dissolubilidade do vínculo matrimonial. Referidas transformações encontraram seu ápice na Constituição Federal de 1988. De fato, ao estabelecer como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana, o constituinte opta por superar o individualismo, ou seja, a concepção abstrata do homem, que marcou o tecido normativo codificado, passando a eleger a pessoa, na sua dimensão humana, como centro da tutela do ordenamento jurídico.” (Ana Luiza Maia Nevaes, *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 188-189).

⁴¹ Sobre a presunção de paternidade e suas vicissitudes, ver Gabriela Tabet, *A inconstitucionalidade da presunção pater is est*, in *RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 22, 2005, pp. 71-95.

rejeitando a condição que, de fato, exercera, violaria a legítima confiança do filho.⁴² Tal comportamento afrontaria a boa-fé objetiva incidente sobre aquela relação familiar, ou um dever mais amplo de solidariedade no âmbito da família.

Parece, todavia, que a construção tem, aí, a finalidade não de tutelar a confiança, mas de proteger o melhor interesse da criança, assegurando, de alguma forma, sua formação, seu sustento, sua educação com o auxílio de uma figura paterna. Tanto é assim que irrazoável seria sustentar a vedação à ação negatória de paternidade proposta por aquele que, não sendo o pai biológico, fosse desprovido de condições pessoais de assumir a paternidade de forma saudável à criança. E em nada importaria, nesta situação, a expectativa da criança, legítima ou não, no sentido daquela paternidade, já que, fora das relações biológicas, a atribuição do qualificativo paterno depende, sempre, daquilo que consiste objetivamente no melhor interesse do menor.⁴³

Em outras palavras, a boa-fé objetiva e suas especificações, como a proibição de comportamento contraditório, na qualidade de conceitos forjados e desenvolvidos em âmbito negocial, dirigem-se a tutelar a expectativa das partes envolvidas, pressupondo, porque isto é o normal em relações contratuais, a plena correspondência entre expectativa e melhor interesse. Entretanto, no campo das relações existenciais, e, sobretudo, das relações existenciais envolvendo menores, expectativa e melhor interesse não raro divergem. Porque o apaixonar-se facilmente é a característica fundamental da infância, não é incomum que uma criança seja fascinada por uma figura a ela nociva, em termos objetivos. Em tais casos, a negatória de paternidade será, por certo, exercitada livremente e sem resistência.

⁴² É de se conferir, com relação à aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* às ações negatórias de paternidade, o substancial estudo de Rose Melo Vencelau Meireles, *A vedação ao comportamento contraditório nas ações de desconstituição da paternidade - Uma aplicação prática do princípio da sócio-afetividade* (no prelo): “Desse modo, a análise das circunstâncias de cada caso se torna imperiosa, pois onde existir a sócio-afetividade, não poderá ser afastado o vínculo paterno-filial por aquele que sabia não ser o pai biológico, mas sustentou esse vínculo frente ao filho que sempre teve naquele pai – presente ou ausente, bom ou mau – a figura paterna. Trata-se da vedação ao *venire contra factum proprium* em matéria de filiação.”

⁴³ Sobre o princípio de proteção ao melhor interesse da criança, ver, principalmente, Tânia da Silva Pereira (coord.), *O Melhor Interesse da Criança – Um Debate Interdisciplinar*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Vale dizer: o critério técnico a frear ou não a impugnação à presunção de paternidade não pode ser a expectativa do menor, a sua confiança na manutenção da situação fática estabelecida, mas o seu melhor interesse, em acepção objetiva. Aplicar a boa-fé objetiva e o *nemo potest venire contra factum proprium* a fim de solucionar tais conflitos equivaleria a transferir a uma relação existencial uma lógica originariamente negocial, em oposição a toda a elevada existencialidade que se vai reconhecendo às relações entre pais, biológicos ou não, e filhos.⁴⁴

Atribuir à expectativa da criança o condão de servir de fundamento à conservação da presunção de paternidade representaria, neste sentido, o reconhecimento à tal expectativa de efeitos juridicamente vinculantes. Disto decorreria certa contradição interna no sistema jurídico brasileiro, já que efeitos juridicamente vinculantes não são atribuídos sequer à manifestação expressa de vontade do menor, por força do instituto da incapacidade.⁴⁵ Embora a opinião e a expressão da criança ganhem cada vez maior relevância na legislação específica e na própria normativa constitucional das relações familiares, parece algo contraditório afirmar que à vontade exteriorizada não se concede efeito jurídico vinculante – a título positivo (celebração de negócios jurídicos) ou negativo (culpa, para fins de configuração de ato ilícito) –, mas que tal efeito pode derivar, com importante repercussão para um terceiro, da expectativa intimamente despertada no menor.

Por fim, fundar a conservação da presunção de paternidade na tutela da confiança infantil implicaria, necessariamente, em manter livre o exercício da negatória onde tal expectativa não viesse a se formar. Significaria isto, de certo

⁴⁴ “Busca-se uma família mais livre, sem massificação, com valorização da liberdade individual mas também da reciprocidade, com uma vivência mais solidarista, em que cada qual pensa e vive a família como resposta às suas aspirações de desenvolvimento pessoal, mas também com base na ajuda mútua e no diálogo. A família solidarista é o novo paradigma, que vem substituir o da família patriarcal. Não é mais o patrimônio o valor fundamental, mas sim, a pessoa humana.” (Ana Carolina Brochado Teixeira, *Família, Guarda e Autoridade Parental*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 34).

⁴⁵ “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos (...)”.

modo, estimular o tratamento frio por parte do pai presumido ou impor esclarecimentos que podem ser excessivamente impactantes no universo infantil. A estes e outros efeitos colaterais da solução de tais conflitos com base exclusivamente na aplicação da boa-fé objetiva, a doutrina e jurisprudência não podem permanecer indiferentes.

7. Conclusão

Não resta dúvida de que a boa-fé objetiva tem experimentado uma crescente expansão rumo a novas espécies de relações jurídicas. Os efeitos práticos desta expansão e da própria efetividade da boa-fé objetiva em seu campo original – o direito das obrigações – permanecem, todavia, sob o risco de uma certa banalização do conceito, decorrente da habitual associação entre boa-fé objetiva e ética, e caracterizada por um uso jurisprudencial meramente decorativo da cláusula geral, dissociado dos esforços mais recentes no sentido da especificação técnica do seu conteúdo.⁴⁶ Paradoxalmente, é só o emprego rigorosamente técnico da boa-fé objetiva que permite vislumbrar a propriedade ou impropriedade de sua extensão a certos segmentos de conflitos concretos, como os que dizem respeito às relações de família.

Neste sentido, cumpre, antes de tudo, distinguir dentro do direito de família, com a máxima clareza possível, as relações de caráter patrimonial e as relações de caráter existencial, cujo tratamento diferenciado impõe-se por força da axiologia consagrada na Constituição. Nas relações patrimoniais, não resta dúvida de que a boa-fé objetiva encontra aplicação, como conceito construído sob a ótica negocial, e que tem reconhecida incidência sobre qualquer espécie de relação fulcrada no direito das obrigações.

⁴⁶ Observa Menezes Cordeiro que a expansão da boa-fé objetiva para além do direito civil “é notável e denota a compleição da boa fé não como instituto jurídico comum, mas como factor cultural importante, ligado, de modo estreito, a um certo entendimento do jurídico.” (*Da Boa Fé no Direito Civil*, cit., p. 371).

Nas relações existenciais de família, também se deve admitir a aplicação da boa-fé objetiva, como mecanismo de controle dos atos de autonomia privada, onde outros instrumentos, mais específicos, já não exercerem esta função. Imperativo faz-se, todavia, atentar, sobretudo em tais relações, para a incidência direta dos princípios constitucionais, que, sendo hierarquicamente superiores à tutela da confiança e à boa-fé objetiva, quase sempre antecipam para os conflitos instaurados neste campo uma certa solução.⁴⁷ Tal solução pode não apenas se mostrar contrária à solução recomendada pela boa-fé objetiva, onde sua base negocial tiver decisiva influência, mas se revela, mesmo em caso de convergência, fundamentada em norma mais elevada sob o ponto de vista da hierarquia do sistema jurídico vigente, característica importantíssima na sua conservação.⁴⁸

Não se pode, em síntese, renunciar à aplicação dos princípios constitucionais, nem tampouco escapar ao importante debate sobre os meios adequados à sua concretização, mediante um recurso aberto e generalizado à boa-fé objetiva, como espécie de panacéia apta a solucionar todos os casos. Cumpre, ao contrário, ter atenção às fronteiras da boa-fé objetiva, cuidando para que o instituto, por mais apaixonante que seja o seu percurso na transformação do direito contemporâneo, não venha a afetar a tutela de interesses existenciais constitucionalmente protegidos. Tudo pela muito simples razão de que cada paixão tem seu papel.

⁴⁷ Como se sustentou em outra sede: “O *nemo potest venire contra factum proprium* é, pois, aplicável também às situações existenciais. Nada obstante, é de se observar que, sobre tais situações, freqüentemente incidem outros princípios que, por serem expressões mais diretas da dignidade da pessoa humana e dos valores fundamentais da Constituição, adquirem, quase sempre, um peso maior que a proteção à confiança (como o direito à privacidade, o direito ao conhecimento da origem biológica, etc.)” (Anderson Schreiber, *A Proibição de Comportamento Contraditório*, cit., p. 262).

⁴⁸ Importância que está longe de representar sujeição a um mero formalismo jurídico: “A hierarquia das fontes não responde apenas a uma expressão de certeza formal do ordenamento para resolver os conflitos entre as normas emanadas por diversas fontes; é inspirada, sobretudo, em uma lógica substancial, isto é, nos valores e na conformidade com a filosofia de vida presente no modelo constitucional.” (Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, cit., pp. 9-10).