

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel

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

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel

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

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais, subárea de Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Francisco José Cahali.

SÃO PAULO

2008

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

*Com carinho, dedico este trabalho aos meus pais, José Eduardo e Conceição, meus companheiros de todas as horas, exemplos de amor e dedicação à família, que me serviram de inspiração para a realização deste trabalho.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus pela oportunidade desta conquista.

Aos meus pais, pelo apoio incondicional e por nunca terem poupado esforços para a minha formação.

Ao meu irmão, Marcos, pela eterna e profunda amizade.

Ao Thiago, pelo carinho e por todas as palavras de incentivo ditas durante todos esses anos.

Ao amigo Mairan Maia, pela colaboração que sempre me ofereceu.

A todos os meus queridos amigos, pelas manifestações sinceras de carinho.

Um agradecimento especial ao meu orientador, Professor Doutor Francisco José Cahali, pelo exemplo de humildade e competência, que fez despertar em mim uma grande admiração e respeito.

## RESUMO

À luz da ordem civil-constitucional, a proposta deste trabalho é inserir o princípio da boa-fé objetiva no novo modelo familiar. A família, na posição de núcleo necessário para o desenvolvimento da personalidade e para a promoção da dignidade de seus membros, deve ser regulada por meio de um direito que seja capaz de influenciar o conteúdo de suas relações. Sob este enfoque, deve haver a imposição de padrões de comportamento e a determinação, mediante medidas concretas, da incorporação dos valores constitucionais. Nesse contexto, se faz necessária a análise conceitual da boa-fé objetiva, reconhecendo-a como princípio jurídico portador de valores éticos generalizantes e com influência nas diversas relações intersubjetivas. No direito de família, reconhece-se a existência de contornos próprios para a boa-fé objetiva, responsável pela criação de deveres específicos destinados à formação e à manutenção de um ambiente familiar pautado no respeito, na colaboração, no afeto, na confiança e na solidariedade. Assim, a incidência da boa-fé objetiva nas relações existenciais e patrimoniais do direito de família faz emergir o dever das partes se portarem de forma leal, harmônica, equilibrada e sem que um abuso no exercício de faculdades jurídicas se manifeste. A aplicação concreta do princípio da boa-fé objetiva é o mecanismo efetivo para a solução de diversas situações conflituosas originadas dos vínculos familiares. Dessa forma, para a materialização da boa-fé objetiva, é imprescindível a conjugação com outros institutos jurídicos, como a vedação ao enriquecimento sem causa ou ilícito e a responsabilidade civil. Todas as questões suscitadas levam a um direito de família que esteja em consonância com a finalidade ético-social do novo ordenamento jurídico.

**Palavras-chave:** direito; família; princípio; boa-fé objetiva.

## **ABSTRACT**

In light of the civil constitutional order, the objective of this work is to interpret the principle of the objective good faith applied to the new family concept. The family, as a central part of the development of the personality and the promotion of the dignity of its members, must be regulated by a legal order that is able to influence its relations. By this point of view it must provide for standards of behaviour and establish, by means of concrete measures, the incorporation of the constitutional values. In this context it is necessary to analyse the concept of objective good faith, recognising it as a legal principle containing general ethical values with influence over various intersubjective relations. In family law, the existence of elements of objective good faith is recognised, which is responsible for the creation of specific obligations specifically directed to the formation and maintenance of a family environment guided by respect, cooperation, kindness, trust and solidarity. In this way, the occurrence of objective good faith in the existential and patrimonial relations of a family results in the obligation for the family members to behave in a loyal, harmonic and balanced way and to refrain from exercising their legal rights in an abusive manner. The concrete application of the principle of the objective good faith is an efficient mechanism for solving various conflicts arising from family affairs. In this way, in order to materialise the objective good faith it is fundamental that it is in connection with other legal institutions, such as the prohibition of enrichment without cause, illegal enrichment and civil liability. All these questions lead us to a family legislation that is harmonic with the social ethical objectives of the new legal order.

**Keywords:** law; family; principle; objective good faith.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>01</b>
<b>1. A TRANSFORMAÇÃO HISTÓRICA NA ESTRUTURA DA ORGANIZAÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA.....</b>	<b>06</b>
1.1 A família no direito romano.....	13
1.2 As relações familiares sob a ótica do direito canônico.....	19
1.3 O modelo familiar no direito brasileiro pré-codificado.....	22
1.4 A família inscrita no Código Civil de 1916.....	25
1.5 A concepção da família na Constituição Federal de 1988 e a arquitetura familiar contemporânea.....	29
<b>2. O DIREITO DE FAMÍLIA E A HERMENÊUTICA CIVIL CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>35</b>
2.1 A constitucionalização do direito de família.....	39
2.2 A descodificação e a repersonalização do direito de família.....	44
2.3 A família e os valores inseridos na Constituição Federal de 1988: dignidade humana, solidariedade social e igualdade substancial.....	52
<b>3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA.....</b>	<b>64</b>
3.1 As funções desempenhadas pelos princípios gerais do direito e pelos princípios fundamentais do direito de família.....	66
3.2 A função da ética na aplicação dos princípios e o dever do comportamento ético no direito de família.....	75
<b>4. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA: UMA VISÃO SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....</b>	<b>84</b>

4.1 A boa-fé objetiva e sua análise conceitual no âmbito do direito civil.....	86
4.2 A boa-fé objetiva como princípio jurídico.....	102
4.3 A boa-fé objetiva e as suas funções.....	112
4.4 O princípio da autonomia privada aliado ao princípio da boa-fé objetiva: meio de controle do exercício de posições jurídicas.....	119

**5. A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO DE FAMÍLIA..... 122**

5.1 A boa-fé objetiva e seus contornos externos ao direito obrigacional.....	124
5.2 O conteúdo do princípio da boa-fé objetiva nas relações familiares.....	133
5.3 A boa-fé objetiva e o valor jurídico da confiança no direito de família.....	139
5.3.1 <i>A boa-fé objetiva e a proibição do comportamento contraditório (nemo potest venire contra factum proprium) no direito de família.....</i>	147
5.3.2 <i>A boa-fé objetiva como fonte criadora de deveres jurídicos implícitos no direito de família.....</i>	152
5.4 Diferenças entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva no direito de família.....	155
5.5 A concretização do princípio da boa-fé objetiva nos conflitos provenientes do direito de família.....	159
5.5.1 <i>A boa-fé objetiva como fundamento para a vedação ao enriquecimento sem causa ou ilícito no direito de família.....</i>	160
5.5.2 <i>A inobservância da boa-fé objetiva como causa para o dever de indenizar no direito de família.....</i>	166

**6. A BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES PATRIMONIAIS DE FAMÍLIA: O DEVER DE LEALDADE, DE PROBIDADE E A TUTELA JURÍDICA DA CONFIANÇA..... 178**

6.1 A boa-fé objetiva na escolha e na alteração do regime matrimonial de bens..... 180

6.2 A boa-fé objetiva na partilha de bens realizada na dissolução da sociedade conjugal..... 187

6.3 A cláusula geral da boa-fé objetiva implícita ao contrato de convivência..... 191

6.4 A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal e o princípio da boa-fé objetiva.....196

**7. A INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA EM ALGUMAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS DO INSTITUTO DOS ALIMENTOS.....199**

7.1 A permanência da situação de necessidade como forma de prolongar a obrigação alimentar e violar o princípio da boa-fé objetiva..... 199

7.2 A irrenunciabilidade alimentar e a boa-fé objetiva..... 203

7.3 A mitigação da irrepetibilidade dos alimentos no contexto da boa-fé objetiva..... 206

**8. A BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES EXISTENCIAIS DE FAMÍLIA: A TUTELA JURÍDICA DA AFETIVIDADE..... 209**

8.1 A discussão da culpa nas dissoluções conjugais como forma de violação da boa-fé objetiva..... 212

8.2 A boa-fé objetiva no reconhecimento da paternidade socioafetiva..... 216

8.3 O direito à convivência familiar aliado ao princípio da boa-fé objetiva..... 221

8.4 O exercício do direito de visita e os limites impostos às partes por meio da boa-fé objetiva..... 227

**CONCLUSÕES..... 233**

**BIBLIOGRAFIA..... 244**

## INTRODUÇÃO

Ao iniciarmos os nossos estudos, verificamos que o ser humano é naturalmente gregário, não sendo possível a sua existência senão via relações intersubjetivas formadas nos diversos agrupamentos sociais, dentre os quais está inserida a família. Com efeito, estas relações intersubjetivas representam a mola propulsora para a atuação do direito, que cumpre a função de regular o comportamento humano, tornando possível, dessa forma, a convivência harmônica em sociedade e o alcance do bem comum.

No âmbito familiar, as relações intersubjetivas apresentam uma dinâmica envolvida por direitos, deveres, faculdades e poderes, conexos e dependentes entre si, cuja compreensão se faz necessária sob o enfoque dos valores e princípios ditados pela nova ordem civil-constitucional.

Assim, a perspectiva traçada irá mostrar um novo modelo familiar, nitidamente marcado por um conjunto de princípios constitucionais, em que o foco central é a supremacia do valor fundamental da dignidade da pessoa humana.

Passaremos, então, à análise da família como um ambiente livre destinado ao desenvolvimento pleno da personalidade de todos os sujeitos que a compõe, dando realce à seara dos direitos fundamentais. Nessa linha, rompe-se com o perfil da família patriarcal e hierarquizada do passado, perdendo espaço a função de procriação da família e o seu papel exclusivamente econômico. De outra parte, emergem outras funções a serem desempenhadas pelo grupo familiar, que têm por finalidade proporcionar às partes uma verdadeira comunhão de vida, marcada pelo afeto e pela solidariedade.

De fato, o desenvolvimento de nossa pesquisa será efetuado levando em consideração que a dignidade da pessoa humana, no universo das relações intersubjetivas

de família, se reflete em valores relacionados à eticidade e à solidariedade familiar, tudo isso em consonância com as novas diretrizes do Código Civil de 2002.

Diante disso, será estudada a autonomia privada das partes no campo do direito de família, reconhecendo-se a capacidade de atuação particular desta para disciplinar alguns interesses oriundos de vínculos familiares. Apesar da existência da liberdade de autodeterminação nas relações de família, iremos expor a idéia de que em razão da preponderância do valor central da dignidade da pessoa humana e de outros valores jurídicos conexos, como a eticidade e a solidariedade familiar, tal autonomia encontra algumas restrições, as quais irão incidir exatamente no comportamento de um sujeito em relação ao outro.

Trilhando esse caminho, cuidaremos de analisar intrinsecamente as diversas relações familiares. Ou seja, nos afastaremos da compreensão meramente formal e superficial da família, em que o conteúdo dos atos e comportamentos é verificado tão-somente na sua estrita adequação à lei, para investigarmos a fundo o comportamento dos sujeitos a fim de averiguarmos quais os efeitos que tal comportamento produz nos direitos e interesses dos demais componentes da família.

Por conseguinte, procuraremos ampliar a investigação, tendo em vista a importância do direito em atuar diretamente nos atos praticados pelas partes. Com isso, defenderemos a concretização de um modelo de comportamento ideal, compatível com todos os valores e princípios considerados fundamentais pelo sistema jurídico.

Neste sentido, a partir das novas perspectivas da família contemporânea, impõe-se que o moderno direito de família seja mais eficaz, o que pode ser conseguido por meio de mecanismos e instrumentos efetivos que viabilizem a realização prática dos comandos constitucionais. Com base nessas considerações, sustentaremos o argumento da incidência direta de certos deveres de conduta, os quais deverão ser impostos às partes no

contexto das relações jurídicas familiares. Daí decorrem os deveres de lealdade, de cooperação, de cuidado, de afeto, de preservação das expectativas despertadas, dentre outros correlacionados, que serão objeto de análise própria.

É sob este prisma que trataremos do princípio jurídico da boa-fé objetiva. Em um primeiro momento, a discussão abordará, de uma forma geral, a análise conceitual do princípio, suas funções e conseqüências jurídicas nos diversos vínculos obrigacionais. Após o estudo estrutural da boa-fé objetiva, serão ampliados os seus contornos, o que resultará na sua perfeita aplicabilidade também para as relações intersubjetivas do direito de família, como buscaremos demonstrar adiante.

Na seqüência, procuraremos relacionar os valores e diretrizes que permeiam o atual universo familiar com o específico modelo de comportamento ditado pela boa-fé objetiva.

Trata-se, portanto, de um trabalho de conexão de conceitos e institutos jurídicos. De um lado está a consagrada boa-fé objetiva, que, além de ser princípio geral de direito, foi expressamente estabelecida, no Código Civil em vigor, como cláusula geral limitativa da vontade particular nos contratos. De outro lado, constata-se a existência de uma vasta gama de institutos familiares em que estão presentes, concomitantemente, direitos, deveres, faculdades e poderes. O ponto de interconexão desses dois lados é exatamente o objeto deste trabalho, ou seja, a tentativa de se apresentar soluções concretas para evitar o distanciamento entre a boa-fé objetiva e as relações patrimoniais e existenciais da família.

Em outras palavras, consideramos ser necessário pesquisar o propósito e o valor dos diversos conceitos e instituições, com vistas a se chegar a uma visão integrada do direito. A linha de raciocínio propugnada neste estudo requer a contribuição conjunta de

várias regras jurídicas, expandindo-se o significado de cada uma delas, de modo a orientar e uniformizar o comportamento social em todos os setores.

Admitida esta visão “universalizante”, urge salientar que a boa-fé objetiva se concretiza nos conflitos provenientes do direito de família por meio de alguns institutos jurídicos que atingem não apenas as relações contratuais e obrigacionais comuns, mas também as relações patrimoniais e existenciais específicas da família. Tendo isto em mente, abordaremos a boa-fé objetiva aliada à vedação ao enriquecimento sem causa e sob a ótica da responsabilidade civil no direito de família.

Em face da impossibilidade de se averiguar detalhadamente os reflexos do princípio da boa-fé objetiva em cada uma das espécies de vínculos familiares, uma vez que se trata de universo extremamente amplo e complexo, com vários desdobramentos e conflitos possíveis, analisaremos o aludido princípio jurídico nas relações patrimoniais de família, trazendo, a título ilustrativo, algumas hipóteses concretas. Em tais hipóteses, destacaremos os efeitos patrimoniais e traçaremos um padrão objetivo de conduta a ser utilizado nas demais circunstâncias fáticas e conflitos que podem, perfeitamente, vir a ocorrer.

Da mesma forma, merece ênfase o conteúdo da boa-fé objetiva nas relações existenciais de família, inspirando, em linhas gerais, a definição de um arquétipo de conduta pautado na afetividade e na colaboração mútua e recíproca entre os sujeitos. Novamente, algumas situações reais serão trazidas para que possamos ter uma visão global dos resultados práticos da aplicação do princípio jurídico nas relações de cunho existencial, tornado-se possível enquadrar a solução encontrada em outros exemplos concretos.

Diante desse quadro, todo o caminho a ser percorrido visará a conferir ao direito de família um sentido que realmente esteja em consonância com a finalidade ético-social do novo ordenamento jurídico. A rigor, por meio da boa-fé objetiva no direito de

família surgem mecanismos concretos para a consagração e materialização dos novos valores destinados a garantir a tutela jurídica da personalidade no ambiente familiar.

## 1. A TRANSFORMAÇÃO HISTÓRICA NA ESTRUTURA DA ORGANIZAÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA

O estudo aprofundado do princípio da boa-fé objetiva no Direito de Família nos remete, inicialmente, a uma breve reflexão acerca da transformação apresentada na estrutura da organização jurídica da família ao longo da história. Em sendo assim, a composição do panorama atual do direito de família é resultado de várias mudanças sociais, políticas e culturais ocorridas durante os vários séculos.

Desde os primórdios percebe-se que a natureza social do homem resulta na formação de grupos sociais compostos por relações intersubjetivas entre os seus membros. É certo que o homem alcança as suas finalidades e desenvolve a sua personalidade por meio de diversos organismos sociais, dentre os quais a família merece destaque.

Na perspectiva da família como um fenômeno social, o direito surge exercendo um papel de mecanismo de controle, equacionando a vida social e atribuindo aos seres humanos uma reciprocidade de poderes, ou faculdades, e de deveres, ou obrigações, constituindo, por conseqüência, o fundamento da ordem social.<sup>1</sup>

Segundo esse ponto de vista, além da função impositiva do direito, representada, muitas vezes, por normas jurídicas prescritivas que estabelecem um determinado comportamento, há também a função protetora do direito, na medida em que se garante a esfera de liberdade dos indivíduos contra agressões e influências externas, tornando possível, dessa forma, a coexistência pacífica dos indivíduos nos organismos sociais. O direito se mostra, deste modo, formado por uma complexidade de deveres,

---

<sup>1</sup> Ráo, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5 ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 53.

poderes e faculdades, responsáveis por conduzir as relações dos indivíduos nos diversos agrupamentos.

Considerando esse conjunto de poderes e deveres intrínsecos às relações sociais, sejam elas de caráter público ou privado, notamos uma constante mudança estrutural nos vínculos formados entre o Estado e os particulares, ou mesmo nas ligações estabelecidas pelos particulares entre si, com o envolvimento de interesses privados patrimoniais e familiares.

Analisada sob esse enfoque, a família reflete os valores sociais, culturais, religiosos e políticos de cada época ou de cada povo, fazendo com que o direito, por conseqüência, percorra um caminho contínuo de transformação. Até mesmo no que se refere aos direitos fundamentais do homem, a história nos mostra a sua variabilidade de acordo com os interesses e perspectivas econômicas e políticas.<sup>2</sup>

Nessa ordem de idéias, a família se constitui em um alargamento da compreensão de “pessoa” como titular de direitos e obrigações, de forma que esta concepção de personalidade humana impõe, necessariamente, uma conexão, com o reconhecimento da família como ambiente fundamental para o desenvolvimento humano em todos os seus aspectos.<sup>3</sup>

Assim sendo, a transformação da família, que resultou na formação do modelo familiar contemporâneo, reflete a mudança do próprio conceito de pessoa, o que pode ser demonstrado em dois grandes marcos históricos vividos pelo direito. Em primeiro

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, é oportuna a lição de Norberto Bobbio quando este sustenta que os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. Em suas palavras, “o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações.” (*A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18).

<sup>3</sup> Nery, Rosa Maria de Andrade. A proteção civil da vida humana. In: *A vida dos direitos humanos – bioética médica e jurídica*. Org. em conjunto com Jaques de Camargo Penteado. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 457.

lugar, o *jus civile* do direito romano estabelecia que o homem era considerado pessoa e, assim, sujeito de direitos e obrigações, apenas quando fosse livre, cidadão romano e independente do poder familiar. Em segundo lugar, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia das Organizações das Nações Unidas (ONU), considera toda pessoa humana, sem qualquer distinção, como sujeito de direitos.<sup>4</sup>

Vemos, pois, que o Estado é composto pelas famílias, que representam microorganismos sociais formados por pessoas. Pode-se observar, assim, que o sentido jurídico do termo pessoa é apto a delinear a estrutura política do Estado e a definir o modelo familiar idealizado pelo direito então vigente. A extensão da personalidade jurídica a todos os indivíduos faz surgir, num primeiro momento, os ideais de igualdade e de respeito à dignidade da pessoa humana, fruto da luta incessante do homem ao longo dos séculos.

De fato, o conceito de pessoa, por nós conhecido e adotado, reflete-se no sistema jurídico por meio de normas e princípios norteadores dos vários ramos do direito público e privado. A pessoa, sujeito de direito e de obrigações, aparece como elemento central do sistema jurídico, à medida que o Estado passa a ter o dever de realizar tarefas em prol do bem-estar dos cidadãos em áreas consideradas fundamentais e prioritárias. Por outro lado, nas relações jurídicas particulares incidem normas jurídicas de caráter público para a preservação de certos interesses, princípios e valores mínimos de convivência, igualdade e dignidade, tudo isso visando à tutela da condição humana.

Em face da evolução do significado do termo pessoa e da sua extensão a todos os seres humanos, conclui-se, por ora, que todos os direitos são da pessoa, único e exclusivo titular de direitos da ordem jurídica.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Art. 6º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia da ONU em 1948: “Todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.”

<sup>5</sup> Moraes, Walter. *Concepção tomista de pessoa*. RT 590/14-23, dez. 1994, p. 15.

Podemos dizer, dessa forma, que toda a transformação ocorrida ao longo da história do direito culminou no reconhecimento e na exata compreensão da pessoa como foco central de todo o sistema jurídico. Em outras palavras, todos os direitos e obrigações decorrentes de relações jurídicas privadas e públicas nascem e têm como destinação os sujeitos de direitos.

De acordo com o pensamento de Javier Hervada, o homem é, por natureza, o protagonista do sistema jurídico e sujeito de direitos. Assim sendo, a própria natureza indica que todos os seres humanos são sujeitos de direito, não sendo tal condição conferida a eles pelo sistema jurídico. Constatase, pois, que não se trata de uma condição atribuída pela lei, mas, sim, de um dado extraído diretamente da natureza.<sup>6</sup>

Sob a perspectiva da pessoa como titular de direitos originados da própria natureza, vemos a nítida correlação entre o direito natural e os direitos da personalidade, da qual se extraem princípios e regras basilares para as diversas relações sociais formadas ao longo do tempo. É neste contexto que devemos analisar a construção do modelo atual de família.

Assim, impõe-se, a partir da construção verificada no decorrer da história, a conclusão de que as relações familiares cumprem a importante missão de garantir a cada um de seus membros a defesa da dignidade e de direitos que são inerentes à própria condição humana.

Nessa direção, e inspirados nas idéias de Aristóteles, cumpre-nos entender o direito natural como um conjunto de regras intrínsecas à própria natureza humana, as quais servem de orientação ao direito positivo, sendo este capaz de incorporar os valores e princípios naturais, tornando-os de observância obrigatória do Estado e dos particulares nas relações jurídicas formadas entre si.

---

<sup>6</sup> Hervada, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 9. ed. Navarra: Universidad de Navarra, 1981, p. 119.

Consoante aos ensinamentos de Vicente Ráo, o direito natural se impõe a todos os povos, não pela força da coerção material, mas pela força própria dos princípios supremos, *universais* e *necessários*, dos quais resultam outros princípios inerentes à natureza do homem.<sup>7</sup>

No mesmo sentido, Mário Bigotte Chorão identifica a ordem natural como sendo composta por “direitos (e deveres) que pertencem ao homem em razão da sua própria natureza, isto é, da sua condição e dignidade da pessoa.” Segundo o autor português, a lei positiva deve reconhecer os direitos naturais, garantir e proteger, sendo que “deste reconhecimento depende a *legitimidade do direito positivo*, a constituição do verdadeiro *Estado de Direito* e a vigência de uma *concepção ética de democracia*.”<sup>8</sup>

Nessa esteira, não se pode olvidar a correspondência conceitual existente entre os direitos naturais e os direitos da personalidade, uma vez que estes últimos têm por objeto valores integrantes do homem *in natura*. É certo, desse modo, que os direitos da personalidade visam a preservação da integridade de certos bens componentes da natureza humana, tais como a dignidade, a liberdade e a igualdade.

A idéia do direito natural adquiriu plenitude sistemática no pensamento de Aristóteles, além de alcançar a idéia de universalidade, porquanto a sua conclusão é de que a lei natural é igual para todos os homens, não se admitindo, por conseguinte, variações de acordo com os povos e as civilizações. Assim, também as leis naturais estiveram entre as reflexões de Platão e Sócrates, com suas linhas fundamentais perdurando até a nossa época.

Para Aristóteles, antes de toda a formulação, antes de toda intervenção do artifício humano ou até mesmo antes do direito positivo existe o direito natural, que tem

---

<sup>7</sup> Ráo, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 78.

<sup>8</sup> Chorão, Mário Bigotte. *Introdução ao direito: o conceito de direito*. v I. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 151.

sua sede fora da razão humana, e preexiste à consciência que temos dele. Assim sendo, o direito positivo procederá do homem e o direito natural é dado ao homem de antemão.<sup>9</sup>

Nesse sentido, acompanhando a posição da doutrina naturalista, os direitos da personalidade assumem a feição de direitos inatos, existentes independentemente de lei expressa que os reconheça, e assumindo, por assim dizer, um caráter de essencialidade. Ao contrário da linha positivista, que entende os direitos da personalidade como sendo produto adquirido do ordenamento jurídico, a concepção dos direitos da personalidade provenientes da própria natureza humana defende que compete à lei simplesmente declarar direitos preexistentes.

Como ensina Limongi França, os direitos da personalidade são “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior.”<sup>10</sup>

Corroborando este entendimento, Carlos Alberto Bittar defende a idéia de que os direitos da personalidade constituem direitos inatos, decorrentes da própria existência da personalidade, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los no plano do direito positivo.<sup>11</sup>

É imperioso, portanto, reconhecer que toda a evolução ocorrida na estrutura jurídica da família nos obriga a observar o caráter personalíssimo do direito de família e a sua conexão com diversos direitos da personalidade considerados irrenunciáveis, indisponíveis e intransmissíveis. Ao longo da história, a proteção dos direitos individuais de cada membro pertencente ao grupo familiar ganha relevância, dando ensejo a um

---

<sup>9</sup> Villey, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. Revisão técnica de Ari Sólón. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 358.

<sup>10</sup> França, R. Limongi. *Instituições de direito civil*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1.033.

<sup>11</sup> Bittar, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5. ed. atualizada por Eduardo Carlos e Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 7.

sistema de valores inspirado no desenvolvimento pessoal, na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social.

Pode-se observar, outrossim, uma certa redução na importância do caráter puramente patrimonial nas relações jurídicas do direito de família, à medida que certos valores existenciais e essenciais para o pleno desenvolvimento da personalidade humana ganham relevância.

Após longa transformação, vemos a repersonalização, a afetividade e a dignidade de cada membro da relação familiar assumindo um papel de destaque no ordenamento jurídico e servindo de base para o controle estatal nas relações privadas do direito de família.

Como consequência, em face do compromisso do Estado em proteger a família e ordenar as relações familiares, o direito de família se mostra, hoje, com um acentuado domínio de normas de caráter imperativo e cogente. Tais normas, que incidem independentemente da vontade das partes, ressaltam características publicistas do direito de família, não obstante a sua natureza privada.<sup>12</sup>

É de se ponderar, por outro lado, que grande parte das mudanças ocorridas no direito de família ao longo dos tempos resulta de diversos avanços científicos e tecnológicos, principalmente no campo da medicina e da genética. Contribuíram para tais transformações, por exemplo, a descoberta dos métodos anticoncepcionais, com a

---

<sup>12</sup> Maria Cláudia Creso Brauner, ao dissertar sobre o tema, explica que: “A família constitui um fenômeno da natureza e da cultura e, em decorrência da trama de interesses sociais envolvidos, tem sido institucionalizada pela lei. Se a família tem uma natureza privada, sendo tradicionalmente considerada um objeto da doutrina do direito privado, esta característica não a mantém desvinculada do público. É preciso reconhecer que os problemas que a família enfrenta, enquanto fato social, constitui na verdade, uma problemática de direito público, questão que vincula a instituição estatal com a coletividade, atribuindo, portanto, uma conotação publicista ao tratamento das questões familiares. Este fato parece fácil de perceber pelo interesse do Estado, através do Direito, em organizar de maneira acentuada as relações no âmbito da família.” (O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: Welter, Belmiro Pedro (coord.), *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 255). No mesmo sentido, Arnaldo Wald: “A doutrina moderna assinalou o caráter publicista do direito de família cujas disposições são geralmente imperativas, vendo na família um organismo social intermediário entre o Estado e o indivíduo.” (*Direito de família*. 9. ed. rev., ampl. e atual. com a colaboração do Prof. Luiz Murillo Fábregas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 19).

conseqüente possibilidade de se evitar ou controlar a gravidez, o desenvolvimento dos sistemas de reprodução assistida e a possibilidade de determinação da paternidade por meio do exame de DNA.

Outras alterações ocorridas no direito de família foram geradas por profundas modificações sociais, consuetudinárias e culturais. A idéia de independência socioeconômica da mulher, a equiparação social, política e jurídica da mulher em relação ao homem, o processo de facilitação da dissolução da sociedade matrimonial, o reconhecimento do pluralismo das entidades familiares, que fez com que uniões extramatrimoniais adquirissem natureza familiar e o papel do pai e da mãe na relação com seus filhos foram alguns dos aspectos determinantes para a formação da concepção moderna de família.

Dessa forma, faremos a seguir uma breve abordagem histórica acerca das diretrizes que inspiraram a família nas diversas civilizações e organizações políticas, na tentativa de situarmos e compreendermos a construção familiar atual. De fato, valores hoje consagrados na arquitetura familiar contemporânea, como a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a afetividade, são conquistas derivadas da luta social e de acentuada transformação política e jurídica, que serão analisados na seqüência.

### **1.1 A família no direito romano**

Em Roma, a família era vista como um conjunto de pessoas que se encontravam sob a autoridade do *pater familias*, denominação que era dada ao ascendente comum mais velho. Compreendia-se a família como uma estrutura hierárquica, sendo o

*pater* considerado soberano absoluto e inquestionável. Na sua estrutura patriarcal, o *pater* exercia legítimo poder marital sobre a mulher e o pátrio poder sobre os filhos.

É importante mencionar as palavras de Arnaldo Wald sobre a família no Direito Romano: “O conceito de família independia assim da consangüinidade. O *pater familias* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e sobre as mulheres casadas com *manus* com seus descendentes.”<sup>13</sup>

Nessa dimensão, Pontes de Miranda nos ensina que na família romana o filho é estranho à família de origem da mãe. Assim sendo, da própria mãe ele só é parente porque ela se encontra sob o poder do pai.<sup>14</sup>

De outra parte, a família romana gozava de certa independência e autonomia, funcionando como uma verdadeira unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional ante o Estado romano.

Ao destacar a importância do aspecto religioso no grupo familiar durante o período romano, Fustel de Coulanges relata que os poderes outorgados ao *pater familias* não se justificavam, tão-somente, no fato de ser ele o homem forte, provedor e protetor do grupo, mas, antes, na sua condição de líder religioso. Nas palavras do autor, o *pater familias* era o “sacerdote, o herdeiro do lar, e continuador dos antepassados, o tronco dos descendentes, depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. Toda a religião reside nele.”<sup>15</sup>

Do ponto de vista político, é certo que todos os membros do grupo familiar estavam subordinados ao *pater familias*, que exercia um poder quase ilimitado. Sua autoridade não podia ser contestada por ninguém, nem mesmo pelo Estado e detinha

---

<sup>13</sup> Wald, Arnaldo. *Direito de família*. 9. ed. rev., amp. e atual. com a colaboração de Luiz Murillo Fábregas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 22.

<sup>14</sup> Miranda, Pontes de. *Tratado de direito de família*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 58.

<sup>15</sup> Coulanges, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, não paginada.

poderes de vida e de morte sobre aqueles que estavam sob o seu domínio, além do poder irrestrito que exercia sobre o patrimônio de cada um dos seus descendentes.<sup>16</sup>

Na família romana, a filha ou irmã que se casava deixava de pertencer àquele grupo, passando a pertencer à família do marido, o que era denominado de casamento com *manus*. Da mesma forma, deixava de ser membro da família, o filho emancipado, que detestou os deuses familiares (*sacrurum detestatio*); o filho adotado, porém, era um verdadeiro filho, integrava a nova família e era juridicamente filho de seu pai adotante. Dessa forma, o parentesco não era determinado unicamente pelo sangue, assumindo um caráter civil. Ou seja, o parentesco e o direito à herança são regulados, no direito romano, não segundo o nascimento, uma vez que era possível nascer em uma família e sair dela, mas segundo a participação no culto da família.<sup>17</sup>

O parentesco, em Roma, era classificado segundo duas espécies: a *agnação*, que vinculava as pessoas que se encontravam sob a autoridade do mesmo *pater*, mesmo que não houvesse um vínculo de consangüinidade, como, por exemplo, o filho natural e o filho adotivo; e a *cognação*, que ligava pessoas pelo vínculo da consangüinidade, mesmo que estas não estivessem sob a autoridade do mesmo *pater*, tal como ocorria com a mulher casada com *manus* e seu irmão consangüíneo.<sup>18</sup>

Vê-se, portanto, que o *pater familias* romano assume, exclusivamente e cumulativamente, a função de chefe religioso, proprietário e juiz. Na qualidade de chefe religioso era responsável pela perpetuidade da família e do culto, podendo reconhecer ou repudiar filhos ao nascer, repudiar a mulher em caso de esterilidade, tendo o direito de

---

<sup>16</sup> Tal era o poder soberano exercido pelo *pater familias*, que José Carlos Moreira Alves nos ensina: “São absolutos os poderes do *pater familias* sobre as pessoas e coisas a ele submetidas. É ele o chefe militar da família. Pode, até, expor os filhos ao nascerem, ou depois, vendê-los no estrangeiro, como escravos. Todo o patrimônio da família lhe pertence; daí tudo o que as pessoas, que lhe são submetidas, adquirem passa a pertencer a ele.” (*Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 605).

<sup>17</sup> Segurado, Milton Duarte. *Introdução ao direito romano*: com remissões ao código civil brasileiro. Campinas: Mizuno, 2002, p. 53.

<sup>18</sup> Wald, Arnaldo. *Direito de família*. 9. ed. rev., amp. e atual. com a colaboração de Luiz Murillo Fábregas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 23.

casar a filha ou o filho, de excluir um filho da família e do culto, de adotar, introduzindo um estranho ao lar doméstico e, finalmente, o direito de designar, ao morrer, um tutor para sua mulher e filhos.

Ademais, a propriedade era concebida como direito de família destinado unicamente ao pai, nada pertencendo à mulher e aos filhos.

Outra qualidade que é atribuída ao chefe familiar do período romano é a posição de juiz que assumia em razão da sua autoridade marital ou paterna, para todos os conflitos ocorridos na família. Assim, como em um tribunal, amparado pelas divindades domésticas, o chefe decidia sobre os problemas internos do grupo. De toda a família, só o pai podia apresentar-se perante o tribunal da cidade. A justiça pública só existia para ele, de forma que era responsável pelos delitos cometidos por todos aqueles que se encontravam sob a sua autoridade.<sup>19</sup>

Por meio do casamento, a família romana se perpetuava e a religião doméstica se propagava de varão a varão. O filho homem ficava com o dever de manter aceso o fogo do lar, o qual representava os antepassados mortos, assim considerados como *deuses lares*. Cada família era detentora dos seus próprios deuses, sendo vedada a participação de estranhos nesses rituais particulares. Não havendo filhos homens, era necessário adotar um para a continuidade da religião doméstica.

No modelo patriarcal romano, a garantia do direito do pai, em detrimento de qualquer membro da grande família, inclusive em prejuízo dos interesses dos filhos, era a meta a ser atingida por todas as pessoas da comunidade familiar. O direito determinava que todos que estivessem sujeitos à autoridade do *pater familias* deveriam servi-lo e obedecer aos seus comandos.

---

<sup>19</sup> Coulanges, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, não paginada.

Em resumo, são marcantes três elementos fundamentais caracterizadores da família romana clássica: a sua base religiosa, o que tornou a família um centro religioso de cultos aos antepassados<sup>20</sup>; a hierarquia existente entre seus membros, o que fazia com que as mulheres e os filhos não emancipados se sujeitassem ao poder do chefe no exercício do seu poder soberano; e o predomínio de interesses patrimoniais na constituição da família. Tais interesses, além de constituírem a base do matrimônio, faziam com que tudo que o filho adquirisse passasse a integrar o patrimônio coletivo da família, administrado pelo genitor.<sup>21</sup>

Com o passar do tempo, a evolução da família romana restringiu progressivamente a autoridade do *pater familias*, o que resultou em uma maior autonomia da mulher e dos filhos. Isto se deveu ao fato de Roma ter iniciado a sua expansão conquistadora e as novas terras conquistadas precisarem ser colonizadas e administradas por pessoas que gozassem de relativa independência, como os filhos. Dessa forma, como salienta Márcio Antonio Boscaro, “não mais seria conveniente que tais pessoas ainda estivessem sob a sujeição de um poder soberano, dado o poder que detinham e o crescente prestígio de que desfrutavam no seio dessa sociedade em constante evolução.”<sup>22</sup>

No início da expansão do Império Romano (entre os séculos III e II a. C.), a fortificação e estruturação do Estado fizeram com que o poder central passasse a preponderar sobre o poder individual de cada chefe de família. Desta feita, o *pater* perdeu o poder de vida e morte que exercia sobre os filhos e sobre a mulher. O Estado passou a ter

---

<sup>20</sup> Milton Duarte Segurado ressalta que “é preciso compreender que o direito primitivo romano, oriundo da religião, gira em torno de três elementos importantes: MANES – alma dos antepassados mortos; LARES – o fogo sagrado, sempre aceso no interior, mais protegido, do lar romano; só era apagado e aceso uma vez por ano, a 1º de março; PENATES – deus que protegia a entrada da casa, depois passou a ser limiar ou soleira da porta; por extensão, o lar, e também retratos e efígies dos antepassados.” (*Introdução ao direito romano*: com remissões ao código civil brasileiro. Campinas: Mizuno, 2002, p. 63).

<sup>21</sup> Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “as mesmas características acerca do modelo patriarcal, e a conotação política, hierarquizada do organismo familiar, foram observadas no tocante à família primitiva grega.” (*Direito de família brasileiro*: introdução – abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 18).

<sup>22</sup> Boscaro, Márcio Antonio. *Direito de filiação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

o monopólio da justiça, podendo, inclusive, limitar a autoridade do chefe de família. Por outro lado, surgiram, no mesmo período, as primeiras leis editadas pelo Estado, regulamentando as relações familiares e conferindo, por consequência, mais poderes aos demais membros dessa família.<sup>23</sup>

Com a fundação das cidades, paulatinamente vai se aprimorando a relação do indivíduo com o Estado, de modo que o chefe familiar foi perdendo os seus poderes discricionários e as leis romanas passaram a lhe incumbir os deveres de educar, guardar e cuidar dos bens do cidadão. Por outro lado, as guerras decorrentes da expansão imperial fizeram com que a população das cidades vencidas, acrescidas de estrangeiros com interesses comerciais, formasse uma nova classe de homens, denominados plebeus, ao lado das famílias sacerdotais e patrícias.<sup>24</sup>

A diversidade de classes da época deu origem a atritos e revoltas que apontaram a necessidade de o direito civil romano, por meio do *jus civile*, estabelecer normas que deveriam ser seguidas por todos para o alcance da pacificação social. As regras do *jus civile* regulavam as relações formadas entre os cidadãos romanos de estirpe patrícia e os plebeus. No que se refere ao pátrio poder, a variedade religiosa e cultural obtida com a expansão do império romano mostrou o interesse em leis com bases independentes da religião doméstica e do culto aos antepassados. De tudo isso, novas famílias foram criadas, outras se dissolveram, e, progressivamente, o Estado foi criando normas comuns no intuito de disciplinar, de uma forma geral, as novas relações familiares trazidas com a diversidade de classes e a mistura de povos.

---

<sup>23</sup> Boscaro, Márcio Antonio. *Direito de Filiação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

<sup>24</sup> De Cicco, Cláudio. *Direito: tradição e modernidade*. São Paulo: Ícone, 1993, p. 37.

## 1.2 As relações familiares sob a ótica do direito canônico

Com o surgimento do Cristianismo, a Igreja Católica passou a tratar de alguns temas por meio do estabelecimento de normas denominadas cânones, que se diferenciavam das demais normas provenientes do Estado e tratavam de variados assuntos, dentre os quais a família e o matrimônio.

Dos cânones católicos, após longo e complexo período de luta entre o Estado e a Igreja, extrai-se a idéia do casamento como um sacramento solene, surgido a partir do consentimento mútuo dos nubentes. A esse respeito, Roberto de Ruggiero explica que na concepção canonista o casamento é um sacramento solene, do qual os próprios esposos são os ministros, enquanto que o sacerdote não é senão uma testemunha autorizada pela Igreja. Nas palavras do ilustre autor, “a união entre os esposos é a imagem da união de Cristo com a Igreja, e como esta, indissolúvel.”<sup>25</sup>

É também durante a Idade Média, sob os cânones da Igreja, que a idéia do matrimônio com a conotação contratual torna-se lógica e natural. Nessa perspectiva, o direito canônico privilegia o consentimento dado no momento inicial do casamento, capaz de gerar entre as partes um vínculo jurídico indissolúvel.

Registre-se, ainda, no que se refere à formação do matrimônio, que além da doutrina da Igreja determinar que o consenso e a declaração de vontade eram aptos para a criação do vínculo conjugal estabelecido entre o casal, preconizava também que tal consenso devia ser seguido da cópula carnal, para que o fato fosse, então, considerado como ato jurídico irretratável.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Ruggiero, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 2. ed. Trad. da 6. ed. italiana e atualização da obra em conformidade com o novo Código Civil, por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2005, v. II, p. 102.

<sup>26</sup> Salienta Arnoldo Wald que “durante a Idade Média, as relações de família se regem exclusivamente pelo direito canônico, sendo que, do século X ao século XV, o casamento religioso é o único reconhecido.”

De fato, até os dias atuais, a Igreja Católica determina a indissolubilidade do casamento, fazendo, para tanto, uma analogia com a indissolubilidade da união de Cristo com a humanidade.

Acrescente-se, pois, que os canonistas reconheciam três aspectos do matrimônio: sob o primeiro aspecto, dever da natureza, *officium naturae*, que tem por fim a procriação; sob o segundo, os efeitos exteriores na sociedade civil; e, finalmente, sob o terceiro, o sacramento.<sup>27</sup>

Uma vez reconhecido o caráter sagrado do casamento, o concubinato foi então combatido pelo cristianismo, acentuando-se a sua reprovação nos Concílios de Trento, em 1563, que estabeleceu a obrigatória e formal celebração do casamento, com a exigência também do seu assento em registros paroquiais. Além disso, foi extinto o casamento presumido e condenado à morte o concubinato, com o estabelecimento de penas severas para os concubinos recalcitrantes, os quais poderiam ser excomungados e até declarados hereges.<sup>28</sup>

Nessa ordem de idéias, os preceitos canônicos restringiam garantias aos filhos havidos fora do matrimônio, considerando-os ilegítimos, privando-os de todo o direito sucessório e chegando até mesmo a torná-los incapazes de exercer qualquer cargo público. Era nítida a discriminação existente entre os filhos do casamento, então chamados

---

(*Direito de família*. 9. ed. rev., ampl. e atual. com a colaboração de Luiz Murillo Fábregas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 25).

<sup>27</sup> Miranda, Pontes de. *Tratado de direito de família*. Atual. por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 90.

<sup>28</sup> Cavalcanti, Lourival Silva. *União estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 86. No mesmo sentido, Rainer Czajkowski: “Por fim, a influência cada vez maior da Igreja Católica no âmbito das relações familiares e a sacramentalização do casamento, aliado à sua reconhecida posição contra quaisquer uniões extramatrimoniais, orientou toda a Idade Média, e mesmo períodos subsequentes, num sentido de grave repressão a quaisquer uniões concubinárias, jogando-as na vala comum do incesto, do adultério e do homossexualismo para, a todos, condenar indistintamente.” (*União livre: à luz das Leis 8.871/94 e 9.278/96*. 2. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2003, p. 55). Nas palavras de Francisco José Cahali, “durante o longo período de prevalência do direito canônico, encontramos fases de maior tolerância com as relações concubinárias e outras com severas restrições e até sanções aos concubinos” (*União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 07).

de legítimos, e os filhos espúrios, bastardos, não nascidos de casamento válido e que não estavam sujeitos ao “pátrio poder”.<sup>29</sup>

O direito canônico foi ainda responsável por instituir os impedimentos matrimoniais baseados na incapacidade das partes, nos vícios de consentimento ou nas eventuais relações de parentesco existentes entre os cônjuges.

A doutrina da Igreja firmou-se, deveras, ao admitir a anulação do ato por causas relacionadas à idade dos nubentes, devido a diferenças entre a religião adotada por cada um dos consortes, impotência, existência de casamento anterior, dolo para obter o consentimento matrimonial, coação, erro quanto à pessoa do outro cônjuge, ou, ainda, por razões de parentesco próximo.<sup>30</sup>

Por outro lado, é certo que o cristianismo instituiu, durante a Idade Média, que o pai não podia ordenar a morte do filho que estivesse sob o “pátrio poder”, havendo, desta forma, um inegável abrandamento dos despóticos poderes do *pater familias* romano. Ocorre, contudo, que mesmo tendo havido uma diminuição dos atributos inerentes ao exercício do “pátrio poder”, o pai podia punir o seu filho fisicamente, desde que o castigo não o levasse à morte. Nesta ótica, podemos dizer que a soberania doméstica passou a encontrar barreiras no seu exercício, visando a impedir os excessos e a punir os abusos, mesmo que ainda fossem mínimas as restrições previstas.

Destaca-se neste período o início da concepção dos deveres paternos em relação aos filhos. Em sendo assim, surge a idéia de se colocar ao lado dos direitos do pai sobre os filhos os correspondentes deveres, associando a paternidade aos atributos divinos do Criador.

---

<sup>29</sup> Caio Mário da Silva Pereira nota que “o velho direito costumeiro francês adotava por princípio um brocardo simplista e incisivo: *Bâstards ne succedent*”. (*Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 5. ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 13).

<sup>30</sup> Wald, Arnoldo. *Direito de família*. 9. ed. rev., ampl. e atual. com a colaboração de Luiz Murillo Fábregas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 26.

Se, de um lado, o exercício do “pátrio poder” gerava certas faculdades e prerrogativas, ficou estabelecido, em contrapartida, que a figura da autoridade parental passaria a assumir os encargos relacionados à manutenção, criação e proteção da prole.

Por fim, vale observar que por muito tempo na história, inclusive durante a Idade Média, o casamento, a relação paterno-filial e, de uma forma geral, a estrutura familiar estiveram alheios a qualquer conotação afetiva. O reconhecimento da família e a proteção dos direitos dos filhos encontravam-se vinculados ao sacramento religioso do matrimônio. A família, a esta altura, apresentava um modelo hierarquizado e patriarcal, resguardado pelas diretrizes da Igreja Católica.

### **1.3 O modelo familiar no direito brasileiro pré-codificado**

Fundamentado na tradição romana e nos princípios da Igreja Católica, o direito civil português vigorava no Brasil antes do Código Civil de 1916. Mesmo com a independência ocorrida em 1822, o Brasil manteve em vigor as leis civis portuguesas, que imperaram, com alterações trazidas por algumas leis esparsas nacionais, até 1º de janeiro de 1917, quando então entrou em vigor o Código Civil de 1916.

Assim sendo, antes da entrada em vigor do nosso primeiro Código Civil, as leis civis brasileiras eram constituídas pelas Ordenações Filipinas, norteadas por diversas regras oriundas do direito romano, do direito canônico, de costumes ibero-lusitanos e por outras leis extravagantes.

No passado pré-industrial, a família e o trabalho se mostravam interligados, haja vista que cada família produzia a maior parte dos bens de que necessitava, e assumia,

neste aspecto, um caráter de unidade de produção. A grande-família era vista como uma comunidade fundada na homogeneidade das crenças e na divisão dos papéis de cada membro familiar, tendo como preocupação central a sobrevivência material, biológica e cultural do grupo.<sup>31</sup>

Como esclarece Jacqueline Filgueras Nogueira: “numa sociedade eminentemente patriarcal e de base rural, a família brasileira funcionava como unidade de produção: quanto mais numerosa a prole, mais força de trabalho e maiores condições de sobrevivência para a mesma. A família era um grupo extenso, onde o poder do chefe ia além da família nuclear (composta somente pelos pais e filhos), se estendendo também aos outros familiares: avós, tios, sobrinhos, etc..”<sup>32</sup>

O nosso direito anterior revelava, nessa medida, o caráter patriarcal e hierarquizado da família, centrada no matrimônio. Há que se considerar, por exemplo, que as Ordenações Filipinas distinguiam os filhos ilegítimos em naturais e espúrios.<sup>33</sup> Os filhos naturais eram os que nasciam de pais não casados um com o outro, não havendo, todavia, um impedimento que os levasse para a classe dos espúrios. Por outro lado, os espúrios eram os filhos provindos da união entre homem e mulher que tinham entre si impedimento de parentesco (filhos *incestuosos*), impedimento resultante de investidura de ordens sacras maiores (filhos *sacrílegos*) ou impedimento de vínculo matrimonial (filhos de *adulterinos*).<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Fachin, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 24.

<sup>32</sup> Nogueira, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, p. 32.

<sup>33</sup> Nas palavras de Lafayette Rodrigues Pereira, “legitimar a procriação da prole, envolvendo no véu do Direito a relação física dos dois sexos é, certo, um dos principais intuitos do casamento; mas o fim capital, a razão de ser desta instituição, está nessa admirável identificação de duas existências, que se confundindo uma na outra correm os mesmo destinos, sofrem das mesmas dores e compartilham, com igualdades, do quinhão de felicidade que a cada um cabe nas vicissitudes da vida.” (*Direitos de família*. 1. ed. Atual. conforme o novo Código Civil por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003, p. 48).

<sup>34</sup> Veloso, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, p. 08.

Ademais, no que concerne ao matrimônio, durante muitos anos os princípios do direito canônico representavam a fonte exclusiva do direito positivo correspondente. O casamento era um ato em que não estava prevista a intervenção do poder civil, o que fazia da Igreja Católica a única titular dos direitos de realização e controle da instituição matrimonial. Sob a influência do movimento cultural renascentista, em 1890, com o Decreto 181, ocorreu a instituição do casamento civil. É importante destacar, ainda, que este mesmo Decreto concedeu à viúva o direito de exercer o “pátrio poder”, desde que não contraísse novas núpcias, fato que representou, à época, uma enorme evolução.<sup>35</sup>

Por seu turno, o divórcio propriamente dito permaneceu não sendo admitido. Ao lado da possibilidade de dissolução do casamento pela morte de qualquer dos cônjuges e da nulidade ou anulação do matrimônio, era admitida apenas a separação de corpos (chamada de *divórcio* na acepção canônica - *divortium quoad thorum et mensam*), cujas causas eram o adultério, a sevícia ou injúria grave, o abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos contínuos, e o mútuo consentimento dos cônjuges, se fossem casados há mais de dois anos.<sup>36</sup>

A Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, de 1958, punia os casamentos clandestinos e determinava que a prova dos casamentos se fizesse pelas certidões extraídas dos Livros Eclesiásticos, por qualquer outro instrumento público ou por duas testemunhas.

É esse, em suma, o panorama geral da estrutura jurídica da família antes da vigência do Código Civil de 1916. Com efeito, mesmo diante da gradativa desestruturação do sistema escravista de produção e da inserção dos imigrantes europeus em solo

---

<sup>35</sup> Comel, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 25.

<sup>36</sup> Cahali, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 10. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 40.

brasileiro, trazendo novos hábitos e costumes, a família conservava o patriarcalismo conservador do direito das Ordenações.

Nessa linha de idéias, não se pode olvidar que os valores patrimoniais da família se sobressaíam na fase do liberalismo econômico reinante nos séculos XVIII e XIX. Vê-se na família matrimonializada, indissolúvel e hierarquizada uma forma de se resguardar o patrimônio acumulado pela burguesia dominante à época, evitando-se, com isso, que os bens fossem desviados para outras pessoas não pertencentes a essa classe econômica. Nessa dimensão, o marido, detentor do poder de direção, era responsável pela manutenção e progressão do patrimônio acumulado pela unidade de produção representada pela família.

#### **1.4 A família inscrita no Código Civil de 1916**

Sob a égide da Constituição da República de 1891, o primeiro Código Civil brasileiro, instituído pela Lei 3.071 de 1916, previu uma família hierarquizada, na qual o marido era o chefe da sociedade conjugal, devendo ele, deste modo, exercer poderes de gerência e direção sobre os interesses e patrimônio de toda a família.<sup>37</sup>

A esse respeito, dispunha o *caput* do art. 233 do nosso Código anterior, *in verbis*: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração

---

<sup>37</sup> Consoante aos ensinamentos de Orlando Gomes, “o Código refletia ao tempo de sua elaboração, a imagem da família patriarcal entronizada num país essencialmente agrícola, com insignificantes deformações provenientes das disparidades da estratificação social. Sob permanente vigilância da Igreja, estendida às mais íntimas relações conjugais e ao comportamento religioso, funcionava como um grupo altamente hierarquizado, no qual o chefe exercia os seus poderes sem qualquer objeção ou resistência, a tal extremo que se chegou a descrevê-la como um agregado social constituído por um marido déspota, uma mulher submissa e filhos aterrados.” (*O novo direito de família*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984, p. 64).

da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.” Na lição de Denise Damo Comel, o Código Civil de 1916 atribuiu ao marido, formal e solenemente, a função de cabeça do casal, com poderes para comandar e representar a família, atribuição que era exaltada pelo fato de a mulher casada, a esse tempo, ser tida como relativamente incapaz e submissa ao poder marital.<sup>38</sup>

Note-se, nessa conjuntura, que o homem manteve no Código Civil de 1916, com algumas restrições, a sua posição anterior de patriarca e chefe de família, em oposição à mulher casada, que o direito incluiu no rol dos relativamente incapazes, dependendo do marido para poder exercer uma profissão.<sup>39</sup>

Não obstante a presença marcante do patriarcalismo, o Código Civil de 1916 se inspirou no modelo liberal encontrado nas codificações oitocentistas estrangeiras, como o Código de Napoleão (1804) e o Código Civil alemão de 1896 (BGB). Para tanto, no que se refere à autoridade parental, a rigidez e a autoridade despótica do *pater familias* romano mostrava-se incompatível com a noção sustentada à época de que o indivíduo, como sujeito de direitos, deveria ser livre e autônomo. Ademais, o surgimento da burguesia mercantil como classe detentora de poder econômico fez com que houvesse a necessidade, naquele período, de que os homens maiores tivessem capacidade para constituir patrimônio próprio e contribuir para a circulação das mercadorias produzidas. Neste sentido, o Código de 1916 veda a perpetuidade do “pátrio poder” ao estabelecer a maioria como termo final para o seu exercício.

Por sua vez, o “pátrio poder”, tal como era designado pelo Código Civil anterior, era exercido subsidiariamente pela mulher e foi concebido como um conjunto de direitos outorgados ao pai, o cabeça do casal, em relação aos filhos. Via-se, na concepção

---

<sup>38</sup> Comel, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 26.

<sup>39</sup> Wald, Arnoldo. *Direito de família*. 9. ed. rev., ampl. e atual. com a colaboração de Luiz Murillo Fábregas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 33.

formada naquele momento, que a noção de “pátrio poder” estava atrelada à esfera dos direitos subjetivos do pai a serem exercidos sobre a pessoa do filho. Ou seja, enfatizava-se a idéia do “pátrio poder” como faculdade concedida pela lei a determinadas pessoas, sem que houvesse, paralelamente, a devida ênfase aos deveres decorrentes do exercício, noção que se mostra absolutamente ultrapassada em se considerando as diretrizes atuais.<sup>40</sup>

De outra parte, estava presente a concepção de família centrada no casamento, partindo daí a estruturação do parentesco. Nessa ordem de idéias, na expressão “legítima” se designava a filiação havida dentro do casamento; “ilegítima” se nomeava a filiação havida fora do casamento, subdividida em natural (se entre os genitores não havia impedimento matrimonial na época da concepção) ou espúria (se existia impedimento dirimente absoluto, podendo os filhos espúrios ser considerados incestuosos ou adúlteros).<sup>41</sup>

Vale ressaltar, por fim, que o casamento, na legislação civil anterior, tinha caráter de perpetuidade com o dogma da indissolubilidade do vínculo, demonstrando, dessa forma, resquícios da visão sacramental do matrimônio.

Nessa cadência, merecem destaque as palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

*“Diante das fontes históricas do Direito brasileiro e levando em conta a marcante influência do Code Civil no movimento das codificações, inclusive na formulação do Código Civil brasileiro, podem-se apontar os seguintes e mais importantes princípios como sendo prevalentes no Direito de Família brasileiro durante quase todo o período de um século (1890 a 1988): a) o da qualificação como legítima apenas à família fundada no casamento, em obediência ao modelo civilista*

---

<sup>40</sup> Comel, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 28.

<sup>41</sup> Fachin, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 21.

*imposto; b) o da discriminação dos filhos, com desconsideração de qualquer filho espúrio da estrutura familiar; c) o da hierarquização e patriarcalismo na direção da família; d) o da preservação da paz familiar, ainda que em detrimento dos seus integrantes; e) o da indissolubilidade do vínculo matrimonial; f) o da imoralidade do “concubinato.”*<sup>42</sup>

Nessa linha, o Código Civil de 1916 se caracterizou por ter sido uma codificação tecnicamente bem elaborada, em que pese ter se mostrado distante, durante todo o século passado, das diversas transformações sociais e políticas ocorridas. Nesse contexto, não se pode olvidar o surgimento de novos paradigmas que tiveram como origem diversos acontecimentos, como a emancipação econômica da mulher e a sua entrada no mercado de trabalho, o controle da natalidade, a evolução da engenharia genética, a urbanização, a passagem da economia agrária para a economia industrial, a aceitação social das uniões sem casamento, dentre outros.

Significativas transformações culturais e o clamor social fizeram com que o Código Civil anterior fosse alterado por várias normas especiais, sem contar as modificações advindas da ordem constitucional de 1988. Desta feita, podemos citar o Decreto-Lei nº. 3.200, de 19.04.1941, que se intitulou como “Lei de Organização e Proteção da Família”; a Lei 883, de 21.10.1949, que permitiu a investigação de paternidade do filho adulterino depois de dissolvida a sociedade conjugal; a Lei 4.121, de 1962, chamada de “Estatuto da Mulher Casada”, que emancipou a mulher casada, reconhecendo-lhe, na família, direitos iguais aos do marido; a Lei 6.515, de 26.12.1977, que regulou os

---

<sup>42</sup> Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito de família brasileiro: introdução – abordagem sob a perspectiva civil-constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 20. Ressalta, ainda, Luiz Edson Fachin: “A proposta do legislador do Código Civil de 1916 era superficialmente assistencial assentada na família do século XIX, patriarcal, heterossexual, hierarquizada e matrimonializada. Uma família com a qual o Estado de antes se preocupava, mas pouco intervinha. Uma família com diversas missões, dentre elas a procriação, a formação de mão-de-obra, a transmissão de patrimônio e de uma primeira base de aprendizado.” (*Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 66)

casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos pessoais e patrimoniais e a proteção da pessoa dos filhos, nas hipóteses de separação judicial, divórcio e anulação de casamento, assegurando aos pais, expressamente, o direito de visita, de companhia e de fiscalização da criação e educação; a Lei 7.250, de 14.11.1984, que autorizou o reconhecimento de filho havido fora do matrimônio pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos contínuos.

### **1.5 A concepção da família na Constituição Federal de 1988 e a arquitetura familiar contemporânea**

Ao dedicar um capítulo próprio à família, a Constituição Federal de 1988 fixou diretrizes consubstanciadas, principalmente, na igualdade entre os cônjuges e paridade entre os filhos, na dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio, no reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais, na paternidade responsável e, sobretudo, estabeleceu a restauração da primazia da pessoa nas relações familiares, delineando o direito de família como um espaço de realização da dignidade da pessoa humana, o que se dá mediante a convivência e a solidariedade familiar.<sup>43</sup>

Dessa forma, o texto constitucional traçou novos rumos para o direito de família, criando algumas regras fundamentais (art. 226 da Constituição Federal): a) a conceituação da família como base da sociedade e sob proteção do Estado (*caput*); b) a

---

<sup>43</sup> Discorrendo sobre o novo conceito de família trazido pela Constituição, Francisco José Cahali observa: “Constata-se da análise objetiva do texto constitucional ter sido mantida a histórica qualificação da família como base da sociedade; e, ao mesmo tempo, apartando-se do tradicional amparo à família constituída exclusivamente pelo casamento, estendeu-se a proteção do Estado também à entidade familiar constituída pela *união estável entre o homem e a mulher*, ou pela *comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*.” (*União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 03).

instituição da família pelo casamento (parágrafo 1º); c) a igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal (parágrafo 5º); d) a dissolubilidade do vínculo matrimonial pelo divórcio (parágrafo 6º). Além disso, a Constituição reconheceu como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, parágrafo 4º), bem como a união estável entre homem e mulher para fins de proteção do Estado (parágrafo 3º), a par de outras regras sobre deveres da família, sobre planejamento familiar, sobre adoção e sobre mecanismos de defesa do menor e do idoso (artigos 226 e 227 e seus parágrafos).<sup>44</sup>

Ressalte-se, todavia, que a Constituição Federal de 1988 apenas reconheceu uma evolução que já estava latente na sociedade brasileira. A mudança na família brasileira não ocorreu a partir da nova ordem constitucional, uma vez que foram constitucionalizados valores que já estavam impregnados e disseminados no seio da sociedade. De fato, o texto constitucional de 1988 contemplou e abrigou uma evolução da concepção social e jurídica da família, que já vinha sendo admitida na doutrina e na jurisprudência anterior.<sup>45</sup>

Um dos aspectos a se considerar é a proteção do Estado à família. Neste sentido, a família atual passou a ter especial proteção do Estado, constituindo-se tal protecionismo em um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade. Acerca do tema, doutrina Paulo Luiz Netto Lôbo: “A proteção do Estado à família é, hoje, princípio universalmente aceito e adotado nas Constituições da maioria dos países, independentemente do sistema político ou ideológico.”<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Bittar, Carlos Alberto; Bittar Filho, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 59.

<sup>45</sup> Oliveira, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 91.

<sup>46</sup> Lôbo, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, p. 136 – 156, jun./jul., 2004. Note-se, outrossim, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, em seu art. 16.3, prevê: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.”

Na perspectiva histórica, observamos que ao longo de todo o século XX o Estado liberal, base das grandes codificações oitocentistas, era marcado pela limitação do poder político e pela não intervenção nas relações privadas e no poder econômico. Este Estado liberal deu lugar ao Estado social, diferenciado pela intervenção nas relações privadas e no controle do poder econômico com o objetivo de garantir a solidariedade e a justiça social.

Após a Primeira Guerra Mundial, principalmente com a Constituição de Weimar (Constituição Alemã de 1919), surgem os chamados direitos sociais como elementos de identificação do Estado social. Cria-se, dessa forma, um novo modelo político-jurídico, baseado no dever do Estado em garantir a todos os seus cidadãos um mínimo de bens materiais e culturais, ou propiciando os meios para que eles possam obtê-los pelo seu trabalho (direito ao trabalho, direitos dos trabalhadores, liberdade sindical, direito de greve, direito à saúde, direito à assistência social, limitações à propriedade etc.).<sup>47</sup>

A partir de então, é notória a preocupação dos Estados em formular sistemas jurídicos constitucionais norteados não apenas pela igualdade formal (concepção de que todos os homens são iguais perante a lei), mas também na igualdade material ou substancial (consubstanciada na efetiva igualdade entre os cidadãos e na imposição de deveres ao Estado, no sentido de proporcionar mecanismos e instrumentos para o alcance desta igualdade concreta).

No âmbito do direito de família, o intervencionismo do Estado social teve por escopo eliminar a noção do liberalismo burguês, que entendia a família como unidade política e econômica, comandada por um chefe patriarcal, e que por se tratar de instituto eminentemente privado, não admitia a intervenção do poder político. Passa-se, pois, a ser

---

<sup>47</sup> Prata, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina, 1997, p. 11.

admitida a influência do Estado na família, de forma que no Brasil, desde a primeira Constituição social, em 1934, até a Constituição de 1988, a família foi sendo, crescentemente, abrangida por normas de efeito protecionista.

Denota-se, assim, o caráter protecionista do Estado social refletido na atual Constituição brasileira. Vê-se, ao lado da idéia de que a família é a base da sociedade e que, portanto, não pode indiscriminadamente sofrer uma violação estatal, a noção de que há certos interesses inseridos no ambiente familiar que deixam de ter um aspecto exclusivamente privado, para se situarem na perspectiva dos interesses públicos e sociais.<sup>48</sup>

Para corroborar, os ensinamentos de Paulo Luiz Netto Lôbo no que tange à expansão protecionista do Estado ante a família:

*“A Constituição de 1988 expande a proteção do Estado à família, promovendo a mais profunda transformação que se tem notícia, entre as constituições mais recentes de outros países. Alguns aspectos merecem ser salientados:*

- a) a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições, explícita ou implicitamente tutelada pela Constituição;*
- b) a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações;*
- c) os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre os interesses patrimonializantes;*
- d) a natureza socioafetiva da filiação prevalece sobre a origem exclusivamente biológica;*
- e) consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos;*

---

<sup>48</sup> Sobre o assunto, vale citar as palavras de Eduardo A. Zannoni (em idioma original): “En otras palabras, el derecho de familia se integra en el derecho civil *ratione materie* – en razón de la materia - aunque el *contenido* de las relaciones jurídicas familiares trascienda el mero interés particular de los individuos para satisfacer, en muchos casos, contenidos de orden público. No dejan de ser relaciones de coordinación entre personas, aunque estén en función – o para lograr – la satisfacción de intereses familiares.” (*Derecho civil. Derecho de familia*. Tomo 1. 2. edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993, p. 32).

*f) reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal;*  
*g) a família configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros.”<sup>49</sup>*

Percebe-se, de tudo isso, que o antigo direito de família codificado assume uma conotação de direito constitucional de família, norteado por uma série de princípios e direitos fundamentais destinados às relações familiares. Destarte, a paridade dos cônjuges nos direitos e obrigações, a igualdade entre os filhos e o reconhecimento da família plural, formada pelo casamento, pelas uniões estáveis e pelas comunidades de um dos pais e seus descendentes apontam para um modelo constitucional de família aliado aos valores da dignidade humana, da solidariedade social e da igualdade substancial.

Vale lembrar, ainda, que a proteção constitucional às entidades familiares não fundadas no casamento (art. 226, parágrafo 3º) e às famílias monoparentais (art. 226, parágrafo 4º); a igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal (art. 226, parágrafo 5º); a garantia da possibilidade de dissolução da sociedade conjugal independentemente de culpa (art. 226, parágrafo 6º); o planejamento familiar voltado para os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, parágrafo 7º) e a previsão de ostensiva intervenção estatal no núcleo familiar no sentido de proteger seus integrantes e coibir a violência doméstica (art. 226, parágrafo 8º) trazem à tona a idéia de que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as diversas relações familiares de uma forma geral. Desta feita, a proteção da família como

---

<sup>49</sup> Lôbo, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, p. 143-144, jun./jul., 2004.

instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela dirigida essencialmente à dignidade de seus membros.<sup>50</sup>

Conclui-se, portanto, que a família ultrapassa o seu papel meramente institucional, no qual, de fato, é merecedora de proteção em virtude de representar um organismo social relevante para a formação do Estado, assumindo também um caráter instrumental, e passando a ser considerada um núcleo necessário para o desenvolvimento da personalidade e de promoção da dignidade de seus membros. Em outros termos, o elevado caráter “patrimonialista” do antigo modelo familiar é substituído por uma formação de família em que as relações entre os indivíduos são vistas como instrumentos de proteção e desenvolvimento da personalidade.

---

<sup>50</sup> Tepedino, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 397. Sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher, vale citar, ainda, a Lei 11.340/06, que recebeu o nome de “Lei Maria da Penha”.

## 2. O DIREITO DE FAMÍLIA E A HERMENÊUTICA CIVIL CONSTITUCIONAL

No século XX, notadamente no período do pós-guerra, a formação dos Estados sociais foi marcada por Constituições restritivas da autonomia privada e da propriedade, ao mesmo tempo que continham diversos princípios e normas estabelecendo deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica. Deste modo, os textos constitucionais passaram a tratar de assuntos antes reservados às leis civis, as quais continham, até então, um caráter estritamente privado e individualista.

Por seu turno, o Código Civil deixa de ser a fonte primária exclusiva de normas e princípios reguladores da atividade privada, passando as cartas políticas a traçar as diretrizes fundamentais para o estabelecimento das relações jurídicas particulares consideradas relevantes para a ordem pública e para o desenvolvimento do Estado.<sup>51</sup>

Em decorrência dos novos princípios e direitos constitucionais, o Estado incorporou, até certo ponto, uma posição intervencionista, protecionista e reguladora, o que se dá, principalmente, por meio de normas que garantem a paridade entre as partes da relação jurídica e a preservação de condições mínimas de dignidade da pessoa humana, além de combater a má-fé, o lucro desproporcional e o aproveitamento desleal da situação de desigualdade por uma das partes componentes da relação jurídica privada.

---

<sup>51</sup> Referindo-se aos textos constitucionais surgidos no período do pós-guerra do século XX, Gustavo Tepedino afirma: “Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social de propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional.” (*Temas de direito civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 07). No mesmo sentido, Pietro Perlingieri explica: “O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional.” (*Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 06).

No âmbito da posição intervencionista do Estado em face da atuação particular, deve-se privilegiar o seu intuito de preservar os interesses sociais e de ordem pública. Assim, por exemplo, na esfera contratual, o intervencionismo estatal faz-se por meio das limitações à autonomia privada, que formam, em seu conjunto, medidas de dirigismo contratual, consubstanciadas por meio de normas jurídicas restritivas e da revisão judicial dos contratos.<sup>52</sup>

Esta concepção fez com que a Constituição Federal de 1988 se tornasse um verdadeiro centro reunificador do direito privado, consagrando diretrizes, princípios e valores a serem seguidos pelo ordenamento jurídico infraconstitucional, que atinge, em diversos setores, a feição de instrumento legal de regulação das relações jurídicas privadas. Assim sendo, o processo intervencionista do Estado é marcado pela proliferação de legislações e estatutos reguladores de determinadas relações jurídicas, sem deixar de lado, contudo, os parâmetros constitucionais. É nesta perspectiva que foram criados, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e a Lei de Locações (Lei 8.245/90).

Desta feita, a legislação infraconstitucional tem como meta a viabilização de princípios e valores constitucionais. Em todas essas leis setoriais, é clara a intenção do

---

<sup>52</sup> Roberto de Ruggiero, a respeito do conceito de ordem pública, assim leciona: “Questão diversa é a de determinar em que consiste o conceito de ordem pública e a de estabelecer quais sejam, em qualquer ordenamento jurídico positivo, as normas de direito privado que revestem este caráter. Não é, porém, possível fazer uma determinação universal e absoluta, visto que o princípio de ordem pública é em si mutável e contingente, mudando ao passo que mudam a constituição orgânica da sociedade, as diversas fases da consciência coletiva de cada povo e o convencimento que cada agregado social tem, no decorrer dos vários períodos da sua história, acerca do que é ou do que deva ser a utilidade geral. Por isso não há legislação alguma que fixe em prescrições positivas quais sejam os princípios de ordem pública, que resultam ou do caráter de inderrogabilidade que tem a própria norma ou do complexo de todas elas e do sistema orgânico do próprio ordenamento.” (*Instituições de direito civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005, v. I, p. 85). Ademais, explica Maria Helena Diniz: “A expressão *dirigismo contratual* é aplicável às medidas restritivas estatais que invocam a supremacia dos interesses coletivos sobre os meros interesses individuais dos contraentes, com o escopo de dar execução à política do Estado de coordenar os vários setores da vida econômica e de proteger os economicamente mais fracos, sacrificando benefícios particulares em prol da coletividade, mas sempre conciliando os interesses das partes e da sociedade.” (*Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 18. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 34).

legislador em garantir mecanismos legais de proteção de valores constitucionais como o da igualdade substancial, da socialidade e da dignidade, preservando o caráter ético das relações privadas, coibindo a realização de comportamentos indesejados e abusivos e promovendo a defesa integral de interesses que passaram a ter uma conotação pública, a despeito de estarem inseridos em relações privadas.

É nesse contexto que surge o Código Civil de 2002. Sem retirar da nova legislação civil a sua tradição romanista de ordenamento regulador dos direitos dos cidadãos, faz-se necessário, a partir de então, enquadrar os direitos em um sistema jurídico complexo, composto por diretrizes constitucionais e diversos outros diplomas setoriais que possuem valores de conteúdo geral, como a boa-fé e a função social, a serem estendidos para todo o direito privado.

Partindo de tais premissas, a norma constitucional é um meio de legitimação dos comportamentos oriundos dos diversos ramos do direito privado. Ademais, o direito civil deve ser harmonizado com os princípios constitucionais fundamentais, delineando formas de comportamento. Ressalte-se, ainda, o aspecto instrumental da legislação civil como um todo, na medida em que a norma e a sua aplicação devem servir de mecanismo para a realização prática de valores inseridos na Constituição.<sup>53</sup>

No que concerne à aplicação da norma constitucional em uma relação de direito civil, é válida a transcrição dos ensinamentos de Pietro Perlingieri:

---

<sup>53</sup> Esta idéia é muito bem explorada nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes: “Como é notório, no decorrer do século XX, com o advento das Constituições dos Estados democráticos, os princípios fundamentais dos diversos ramos do Direito, e também os princípios fundamentais do direito privado, passaram a fazer parte dos textos constitucionais nos países de tradição romano-germânica. Diversamente do que normalmente se considera, porém, parece insuficiente constatar a mera transposição dos princípios básicos do texto do código civil para o texto da Lei Maior. É preciso avaliar sistematicamente a mudança, ressaltando que, se a normativa constitucional se encontra no ápice do ordenamento jurídico, os princípios nela presentes se tornaram, em consequência, normas diretivas, ou normas-princípio, para a reconstrução do sistema de Direito Privado. É preciso, portanto, buscar perceber e valorar o significado profundo, marcadamente axiológico, dessa ‘constitucionalização’ do direito civil.” (*Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 68).

*“Pode-se, portanto, afirmar que, seja na aplicação dita indireta – que sempre acontecerá quando existir na legislação ordinária uma normativa específica, ou cláusulas gerais ou princípios expressos – seja na aplicação dita direta – assim definida pela ausência de intermediação de qualquer enunciado normativo ordinário - a norma constitucional acaba sempre por ser utilizada. O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção não sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional frente às relações pessoais e sócio-econômicas. A norma constitucional torna-se razão primária e justificadora (e todavia não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, 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.”*<sup>54</sup>

Nesta realidade, vislumbra-se a superação da tradicional dicotomia entre direito público e o direito privado, existente desde o direito romano e evidenciada no período de codificação oitocentista, em que ambos se colocavam como ramos distintos e separados da ciência jurídica. O que se denota, portanto, é a necessidade de esses interagirem como ramos complementares do direito, cujas normas jurídicas se interpenetram.

Como se vê, o novo cenário do sistema de direito privado mostra-se permeado de valores inseridos nas Constituições do século XX, elaboradas e promulgadas após o término da Segunda Guerra Mundial. Assim, depois de todas as atrocidades e

---

<sup>54</sup> Perlingieri, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12.

horrores praticados, viu-se a necessidade de promover a efetivação dos direitos humanos e de princípios a eles atrelados, como o da democracia, da liberdade e da solidariedade. O valor fundamental nas relações jurídicas privadas deixa de ser a vontade individual, dando lugar à pessoa e à dignidade.

## **2.1 A constitucionalização do direito de família**

A Constituição Federal de 1988 instaurou o estatuto jurídico da família contemporânea, concretizando, enfim, o que se passou a denominar de “constitucionalização do direito de família”, fator marcante da travessia do direito clássico ao direito contemporâneo.

Constata-se, pois, que a Constituição Federal de 1988 expandiu a proteção do Estado à família, promovendo a mais profunda transformação de que se tem notícia, inclusive entre as constituições recentes de outros países.

De toda a sorte, a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância, pelos cidadãos, e a aplicação, pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.<sup>55</sup>

Como já ressaltado, o Estado social, por meio de princípios e valores constitucionais, prevê um processo intervencionista estatal em relações privadas, inclusive no que concerne às relações decorrentes do direito de família, o que demonstra, nitidamente, uma feição constitucionalizada dos modelos familiares contemporâneos. É

---

<sup>55</sup> Lôbo, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: Farias, Cristiano Chaves de (coord.), *Leituras complementares de direito civil – o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Podivm, 2007, p. 22.

certo que o fundamento de validade primário das relações familiares está na Constituição Federal e é dessa forma que Estado intervém em uma espécie de relação jurídica que permanece com a sua natureza privada.<sup>56</sup>

Com efeito, o Direito de Família constitucionalizado, além de retirar o seu fundamento de validade do texto constitucional, encontra nele as diretrizes para a aplicação da legislação infraconstitucional correspondente.

É, portanto, o intervencionismo do Estado social aplicado ao direito de família, a partir da constitucionalização dos seus princípios e regras fundamentais, norteando e impondo limites para a correta aplicação da legislação infraconstitucional.

Nessa ordem de idéias, é importante destacar que a constitucionalização tem por objetivo submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos, o que de fato ocorreu com o direito de família. Com isso, a Constituição deixa de ser uma regra que unicamente contém elementos de direito público e passa a conter, de forma direta, normas de conteúdo privado. Em outras palavras, os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.

---

<sup>56</sup> No que concerne ao intervencionismo estatal no direito de família, é válida a transcrição das palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo: “O Estado social, desenvolvido ao longo do século XX, caracterizou-se pela intervenção nas relações privadas e no controle dos poderes econômicos, tendo por fito a proteção dos mais fracos. Sua nota dominante é a solidariedade social ou a promoção da justiça social. O intervencionismo também alcança a família, com o intuito de redução dos poderes domésticos – notadamente do poder marital e do poder paterno -, da inclusão e equalização de seus membros, e na compreensão de seu espaço para a promoção da dignidade humana. No Brasil, desde a primeira Constituição social, em 1934, até a Constituição de 1988, a família é destinatária de normas crescentemente tutelares, que assegurem a liberdade e a igualdade materiais, inserindo-a no projeto da modernidade.” (*Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 04). No mesmo sentido é a tese de Ricardo Luis Lorenzetti: “O conteúdo civil das normas constitucionais deve ser delimitado em função do conteúdo material, estando constituído por aquelas regulamentações relativas à pessoa, a sua dimensão familiar e patrimonial, às relações jurídicas privadas gerais. A este critério material, deve ser adicionado outro de índole formal, derivado do caráter de norma fundamental que tem a Carta Magna, e, por isto, trata-se de normas destinadas a fixar as bases mais comuns e abstratas das relações civis.” (*Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 253).

Pode-se dizer, a rigor, que o direito privado e, em especial, o direito de família, não possui, nesta visão, espaços absolutos e intangíveis, característicos do individualismo reinante no início do século passado.

Para corroborar, as palavras de Gustavo Tepedino:

*“A rigor, não há espaços de liberdade absoluta, ou territórios, por menor que sejam, que possam ser considerados invulneráveis ao projeto constitucional, cabendo ao intérprete, em definitivo, não propriamente compatibilizar institutos do direito privado com as restrições impostas pela ordem pública senão relê-los, revisitá-los, redesenhando o seu conteúdo à luz da legalidade constitucional.”*<sup>57</sup>

Destarte, o direito privado se viu modificado por normas constitucionais que incorporaram em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais. A forte constitucionalização do direito civil, trazida com a promulgação da Constituição de 1988, fez com que o direito de família, em todos os seus aspectos, fosse interpretado em relação à Lei Maior.<sup>58</sup>

Diversa, contudo, é a idéia de “publicização”, a qual deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, visando ao controle do espaço privado, baseado em regras e diretrizes constitucionais. Tem-se, pois, a redução do espaço de autonomia privada, para a garantia da tutela jurídica de interesses considerados de ordem pública.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Tepedino, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 21.

<sup>58</sup> Encontramos o fenômeno da constitucionalização do direito civil também na Constituição portuguesa de 1976 e na Constituição espanhola de 1978.

<sup>59</sup> Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, “a influência absorvente do Estado e a necessidade de se instituírem, com mais segurança e amplitude, fórmulas cada vez mais dirigidas no sentido de realizar a finalidade precípua do direito que se positiva e se afirma no propósito de garantir proteger o bem-estar do indivíduo *in concreto*, cogitando da normação social em atenção ao bem do homem, geram a tendência à publicização da norma jurídica. Em consequência deste movimento acentua-se a restrição da liberdade individual, tomando corpo a estatização de numerosos serviços e intervindo o Estado em matérias que antes

Em síntese estreita, Paulo Luiz Netto Lôbo define o fenômeno da “publicização”:

*“Durante muito tempo, cogitou-se de publicização do direito civil, que para muitos teria o mesmo significado de constitucionalização. Todavia, são situações distintas. 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, para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos. A ação intervencionista ou dirigista do legislador terminou por subtrair do Código Civil matérias inteiras, em alguns casos transformadas em ramos autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito das águas, o direito da habitação, o direito de locação de imóveis urbanos, o estatuto da criança e do adolescente, os direitos autorais, o direito do consumidor.”<sup>60</sup>*

Podemos dizer, assim, que o fenômeno da publicização do direito civil é caracterizado pelo processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização do direito civil tem por escopo submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos.

Vale frisar que a intervenção estatal nas relações familiares deve ter por propósito garantir aos membros da família condições propícias à manutenção do núcleo afetivo, o que jamais pode ser realizado por meio de ingerências ou violações injustificadas à intimidade e privacidade dos seus membros. Assim, saúde, higiene, alimentação, segurança, educação e uma velhice digna são funções a serem cumpridas pelo Estado atual.

---

eram relegadas exclusivamente ao arbítrio de cada um.” (*Instituições de direito civil*. 20. ed. ver. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I, p. 18).

<sup>60</sup> Lôbo, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: Farias, Cristiano Chaves de (coord.), *Leituras complementares de direito civil – o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Podivm, 2007, p. 22.

O Estado tem consciência da importância da família e, por isto, preocupa-se em regulamentá-la sem interferir na vida privada de seus membros. Ademais, a manutenção do liame familiar é deixada ao livre arbítrio dos seus membros, de forma que o Estado não tem mais o poder e o direito, como fazia anteriormente, de impor a união familiar.<sup>61</sup>

Nesse diapasão, o poder público deve intervir para garantir a preservação da natureza dos institutos do direito de família, sem, contudo, retirar dos indivíduos uma certa margem de liberdade, fundamental para o exercício da autonomia privada e relevante em determinadas questões familiares.

Não obstante a aludida constitucionalização, não devemos entender que a incidência no direito de família, de preceitos e princípios constitucionais e de ordem pública, lhe retira o caráter essencialmente privado.<sup>62</sup> A intervenção pública deve ser adequada e justificada, no sentido de garantir a dignidade e felicidade de cada um dos membros do grupo familiar, destacando, inclusive, a disciplina constitucional da “Ordem Social” que prevê a atuação estatal nos campos da seguridade social, saúde, previdência social, assistência social, educação, dentre outros.<sup>63</sup>

Trata-se, pois, de uma constitucionalização que visa à tutela instrumental da família, uma vez que o texto constitucional é transformado em mecanismo de preservação da pessoa humana e dos atributos a ela inerentes. A proteção constitucional da família tem

---

<sup>61</sup> Oliveira, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 281.

<sup>62</sup> Neste aspecto, Luiz Edson Fachin ressalta: “Se o Direito de Família pertence ao âmbito do Direito Privado, razões fundamentais embasam essa afirmação. As relações entre os seus membros são informadas pela coordenação. A constituição da família é um ato de liberdade, tal como formalmente prevista a liberdade, seja a família matrimonializada ou não. No privado, o desejo de fundar uma unidade que se repute família. O divórcio vincular também espelha que a ninguém é imposto o dever de continuar mantendo uma unidade familiar; a possibilidade de desconstituir uma unidade que se repute família, assumindo as seqüelas respectivas.” (*Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 76). Por sua vez, o juiz português Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues observa: “Por isso há quem defenda, hoje, a inclusão do Direito de Família no hemisfério do Direito Público, mas, mesmo sem ser necessário retirar à esfera do Direito Privado este seu ramo nobre, a verdade é que é inegável o seu caráter eminentemente publicista.” (Alguns aspectos da filiação nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (coord.), *Direitos de família e do menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 57).

<sup>63</sup> Artigos 193 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

por objetivo a tutela da própria pessoa, sendo inadmissível atingir a dignidade do indivíduo sob o pretexto de garantir proteção à família enquanto instituição. Em outras palavras, preserva-se a família não apenas por constituir uma célula social importante para a formação do Estado, mas também por representar um núcleo de formação e desenvolvimento da personalidade e dignidade individual.

## **2.2 A descodificação e a repersonalização do direito de família**

Seguindo o panorama da Constituição Federal de 1988, de que a família deve ser funcional à promoção da personalidade de seus membros e com base na existência de valores e princípios constitucionais estruturais das relações familiares, vislumbramos, na atmosfera familiar atual, a valorização da afetividade no interior do grupo familiar, afastando-o da idéia de núcleo essencialmente econômico.

Desta feita, a base positivada primária, formada até 1988, era o Código Civil brasileiro. Hoje, a hermenêutica do novo Código se dirige à Constituição Federal e aos seus princípios fundamentais como regras básicas do direito de família.

Analizamos, em linhas anteriores, que durante muito tempo, sob a permanência do Estado liberal, os códigos civis mantiveram a posição de núcleo central do direito positivo disciplinador das relações jurídicas privadas. O estabelecimento do Estado social e, notadamente no Brasil, a partir de 1988, o texto constitucional é transformado em centro reunificador do direito privado, gerando, por conseguinte, a perda da centralidade do Código Civil.

Verifica-se que a despeito do Código Civil continuar a manter um caráter de extrema relevância no sistema jurídico de direito privado, deve ser ele valorado e

interpretado em conformidade com as premissas constitucionais, sendo fundamental, de outra parte, a sua conjugação com diversos outros diplomas setoriais reguladores de matérias específicas.

Nesse sentido, observamos que o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), os direitos e garantias fundamentais (artigo 5º) e o sistema de proteção à família, criança, adolescente e idoso (artigo 226 e seguintes), formam a base constitucional atual para a formação de um novo direito de família, norteados por valores e princípios destinados à preservação dos direitos fundamentais do cidadão em suas relações interpessoais. Em sendo assim, utilizando as palavras de Gustavo Tepedino, “no sistema civil-constitucional, sobreleva a dignidade da pessoa humana, a cujo respeito irrestrito deve-se subordinar a vontade privada.”<sup>64</sup>

É sob este enfoque que o personalismo jurídico e a revalorização da pessoa humana como titular de direitos, cujo marco foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, atingem, concretamente, o direito civil. De fato, a repersonalização do direito teve dentre os seus diversos reflexos a retirada da feição patrimonial preponderante na disciplina jurídica da família.

De acordo com tudo o que foi visto, grande foi o avanço na concepção do direito de família constitucionalizado, em contraposição ao referencial do modelo liberal anterior, no qual o valor necessário da realização da pessoa era a propriedade, as relações econômicas de produção e a preservação do patrimônio da família, que se estabelecia mediante regras formais e rígidas de sucessão de bens, da centralização da família em torno de um chefe e do modelo de filiação fundado em odiosas desigualdades e discriminações.

Em consequência da “despatrimonialização” inserida no novo modelo familiar, dá-se a valorização da afetividade e a primazia da realização pessoal de cada um

---

<sup>64</sup> Tepedino, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 451.

dos membros do grupo familiar. Note-se que a preocupação do sistema jurídico, de uma forma geral, está no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. É, em outras palavras, a institucionalização do caráter instrumental da família, uma vez que ela deve servir de elemento social de contribuição para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes.<sup>65</sup>

A afetividade, como elemento nuclear, conduz ao fenômeno da repersonalização, o que se dá, concretamente, por meio da primazia da pessoa e da constante preocupação com o desenvolvimento da sua personalidade no âmbito das relações jurídicas de uma forma geral.

E, assim, Guilherme Calmon Nogueira da Gama sustenta:

*“Como realçado, enquanto no direito codificado havia preocupação excessiva com as relações patrimoniais, inclusive no âmbito da família, atualmente, diante das mudanças detectadas na sociedade e na sua célula menor, que é a entidade familiar, devem ser destacados os interesses afetivos e existenciais dos familiares, pois somente desse modo, suas potencialidades poderão desenvolver-se e, em última análise, toda a sociedade engrandecerá existencialmente e, reflexamente, materialmente.”<sup>66</sup>*

---

<sup>65</sup> A título ilustrativo, vejamos a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná: “Negatória de Paternidade. ‘Adoção à brasileira’. Confronto entre a verdade biológica e a socioafetiva. Tutela da dignidade da pessoa humana. Procedência. Decisão reformada. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado pela Súmula nº. 148/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é a emanção do direito de personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada “adoção à brasileira” (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular ‘adoção à brasileira’, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado.” (Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível nº. 108.417-9, Rel. Des. Accácio Cambi, decisão proferida em 12.12.2001).

<sup>66</sup> Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito de família brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 93. Acompanhando este pensamento, Jacqueline Filgueras Nogueira assim conclui: “A

A propósito, o objetivo marcante do novo modelo familiar é a realização da pessoa por intermédio da família. A grande preocupação com a convivência e a ética familiar fez com que o direito de família incorporasse valores atinentes ao conteúdo e à qualidade de suas relações. Por assim dizer, a concepção puramente formal e abstrata da família é abandonada, dando espaço a uma família fomentada por valores e princípios com vistas, ao final, à promoção da dignidade dos indivíduos.<sup>67</sup>

O direito de família passa, enfim, a interferir no conteúdo e qualidade das relações familiares, impondo comportamentos e estabelecendo, por meio de medidas concretas, a incorporação de valores constitucionais no ambiente familiar. A análise atual sob o enfoque da repersonalização exige mecanismos efetivos que ingressem no ambiente familiar para determinar a conduta de cada um dos membros da família em prol da preservação da personalidade e de todos os atributos a ela inerentes.

Verifica-se que as relações da nova família devem ser analisadas sob a ótica do amor, do respeito e da solidariedade. No que concerne ao vínculo matrimonial, Ana Carolina Brochado Teixeira esclarece que: “transformou-se a concepção da conjugalidade, com a priorização do compromisso afetivo, o reconhecimento de uma relação mais

---

família atual valoriza outro aspecto anteriormente secundário: o vínculo afetivo, e dispensa menor importância ao vínculo anteriormente principal na formação da família: o patrimônio e o sangue.” (*A filiação que se constrói*: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 44). Ainda, sobre o tema, Adriane Donadel: “A afetividade é a característica fundante da família brasileira atual na forma em que se encontra traçada constitucionalmente. Foram colocadas em segundo plano as funções política, econômica e religiosa e valorizada a dignidade de cada um dos componentes da família.” (Efeitos da constitucionalização do direito civil no direito de família. In: Porto, Sérgio Gilberto; Ustárroz, Daniel. (orgs.), *Tendências constitucionais no direito de família*: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 17).

<sup>67</sup> Como adverte Sumaya Saady Morhy Pereira, “o que interessa destacar, portanto, são os efeitos da positividade do princípio da dignidade da pessoa humana, dentre eles a alteração na própria dimensão dos direitos fundamentais, os quais, superada a concepção que assumiram inicialmente no Estado Liberal, conforme já se teve oportunidade de analisar anteriormente, passaram a representar mais do que limite negativo para a atuação dos Poderes públicos, impondo-lhes também atuação (positiva), dever de proteção da pessoa humana e promoção das condições necessárias para o efetivo exercício de seus direitos fundamentais.” (*Direitos fundamentais e relações familiares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 95).

autêntica, capaz de conferir sentido e sustentação do vínculo conjugal.” Assim, pode-se afirmar que os laços biológicos e conjugais devem ocupar, na família, lugar prioritário relativamente ao compromisso da afetividade.<sup>68</sup>

Infere-se que, na comunidade familiar, o afeto passa a ser um compromisso ético e jurídico a ser assegurado pelo Estado como direito-garantia de cada um de seus integrantes.<sup>69</sup>

O centro de constituição da família deslocou-se do princípio da autoridade para o da afetividade, estabelecendo, para este fim, certos paradigmas jurídicos capazes de proteger e fomentar os laços familiares. Nessa nova ótica, o vínculo afetivo que enlaça as pessoas assume um caráter de juridicidade e, por conseqüência, passa a ser capaz de gerar efeitos de ordem pessoal e patrimonial.

A partir de tais premissas, nota-se uma relativa flexibilização do conceito de família, tendo em vista que a sua configuração está atrelada ao aspecto da afetividade e dissociada de um modelo fixo predeterminado. Reconhece-se a família por meio do vínculo e do compromisso afetivo existentes entre seus membros, delineados, em certa medida, mediante o companheirismo, o respeito e o comprometimento mútuo. Não obstante o nosso texto constitucional (art. 226) estabelecer que a família decorre do casamento e das entidades familiares, formadas pela união estável entre homem e mulher e pelas famílias monoparentais, vislumbra-se um modelo familiar fundado basicamente em

---

<sup>68</sup> Teixeira, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 30.

<sup>69</sup> Esclarecedoras, neste aspecto, as palavras de Rosemiro Pereira Leal: “Depreende-se do texto constitucional que, pouco importando o modelo familiar adotado pelos agentes da instituição da *família*, hetero ou homossexual, monoparental ou pluriparental, é dever do Estado assegurar o *afeto* como direito-garantia de *cada* integrante da *comunidade familiar* e prover *ex officio* seus direitos fundamentais (art. 226, § 8º), exigindo-se do Ministério Público (art. 129, II) em caso de inadimplência do Estado, instauração de ações mandamentais ao cumprimento desses direitos (art. 5º, § 1º e 2º).” (Processo e eticidade familiar constitucionalizada. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.), *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 601).

relações afetivas existentes entre pessoas que se colocam e que se respeitam como um verdadeiro grupo familiar.

Em sendo assim, as famílias devem espelhar a própria formação democrática do convívio em sociedade, sob o prisma político-ideológico, fundando-se em valores existenciais e psíquicos, próprios do ser humano, como os sentimentos de solidariedade, afeto, respeito, compreensão, carinho e aceitação, que afastam os valores autoritários, materialistas, patrimonialistas e individualistas que nortearam a família matrimonial tutelada pelo Código Civil de 1916.<sup>70</sup>

A dignidade da pessoa humana e a repersonalização do direito fazem com que o afeto seja requisito essencial para a definição da família e para a preservação dos atributos inerentes à personalidade humana. Para complementar tais idéias, é oportuna a lição de Maria Berenice Dias:

*“Agora o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas, gerando comprometimento mútuo, identidade de projetos de vida e propósitos comuns.”<sup>71</sup>*

Vale dizer, a dignidade da pessoa humana colocada no ápice do ordenamento jurídico resulta na ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar proteção especial e efetiva à família, independentemente da sua espécie. Com efeito, a

---

<sup>70</sup> Gama, Guilherme Calmon Nogueira. Separação de fato e ética no direito de família. In: Pereira, Tânia da Silva; Pereira; Rodrigo da Cunha (coords.), *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 79.

<sup>71</sup> Dias, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 20.

repersonalização resulta, concretamente, na primazia do afeto e de certos elementos a ele atrelados, como a união, a solidariedade, o respeito, a confiança e a boa-fé.<sup>72</sup>

Deste modo, é relevante afirmar que se faz necessário que a ordem jurídica prime pela preservação do afeto no ambiente familiar com mecanismos efetivos destinados a viabilizar a constituição e o desenvolvimento das potencialidades humanas. O caráter ético, construído a partir do valor e princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, ressaltado também no Código Civil de 2002, limita e serve de diretriz para as relações pessoais e patrimoniais de conteúdo familiar. Assim sendo, a família, ao se converter em espaço de realização da afetividade, cria a exigência de o sistema jurídico cumprir a função de interferir no conteúdo das relações familiares, prescrevendo deveres éticos de conduta, fundamentais para a plenitude da dignidade de cada um dos seus membros.<sup>73</sup>

Nesse rumo, sai de órbita o formalismo familiar, caracterizado por modelos prévios, fechados e inspirados por valores estritamente de ordem patrimonial. A busca da proteção da dignidade humana e da felicidade de seus membros contempla formas plurais de entidades familiares e faz com que o amor e a solidariedade sejam valores informativos capazes de construir as relações familiares e de nortear a conduta de seus membros.

Dentro deste novo quadro familiar, nota-se a valorização do caráter efetivo do direito, tendo em vista a incessante busca pela concreta realização dos princípios jurídicos, o que faz com que o direito de família se distancie de uma formulação puramente

---

<sup>72</sup> Da mesma forma, a Constituição Federal da Alemanha Ocidental do pós-guerra traz estampado no seu artigo de abertura que: “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.” Nas palavras de Luiz Roberto de Assumpção, “foi a experiência nazista, evidentemente, que gerou a consciência da necessidade de se preservar, a qualquer custo, a dignidade da pessoa humana.” (*Aspectos da paternidade no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 56).

<sup>73</sup> Na observação de Diogo Leite de Campos, “o amor conjugal, filial e parental surge como o alfa e o ômega de família. O que aliás está de acordo com a mais autêntica tradição cristã que no matrimônio o sacramento do Amor – a exemplo do Amor entre Cristo e a sua Igreja.” (A nova família. In: *Direitos de família e do menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Coordenação e compilação por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 25).

abstrata. A família, como meio de realização da pessoa, é protegida pelo Estado para que haja, de fato, a comunhão de vida, o amor, o respeito e a solidariedade.

Por fim, vale ressaltar que os atuais paradigmas familiares necessitam, irremediavelmente, de mecanismos de concretização e efetivação, resultando em uma nova atuação jurisdicional. Vislumbra-se, pois, a grande importância da atividade jurisprudencial por meio da definição de padrões de conduta compatíveis com os novos valores. Em outras palavras, a eficácia social e a materialização dos novos princípios e diretrizes do direito de família se dão por meio de uma construção jurisprudencial capaz de impor limites às condutas, traçando os novos caminhos dos núcleos familiares.<sup>74</sup>

Nessa linha de intelecção, é fácil detectar, com segurança, a importância do vínculo afetivo para a identificação, construção e condução das relações familiares. O afeto, a assistência, a confiança e o respeito, traduzidos em condutas, devem, por conseguinte, permear a legislação e as decisões judiciais, garantindo, dessa forma, a eficácia dos princípios constitucionais aliados aos novos valores da contemporaneidade.

Trilhando este caminho, trataremos do princípio da boa-fé objetiva no direito de família, traduzindo-o como um instrumento de materialização constitucional, capaz de efetivar, por meio de condutas concretas, a nova dimensão social e jurídica das relações familiares.

---

<sup>74</sup> O valor jurídico do afeto tem sido reconhecido na jurisprudência em diversas decisões. Exemplificativamente, temos a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Apelação. Adoção. Estando a criança no convívio do casal adotante há mais de 9 anos, já tendo com eles desenvolvido vínculos afetivos e sociais, é inconcebível retirá-la da guarda daqueles que reconhece como pais, mormente quando os pais biológicos demonstraram por ela total desinteresse. Evidenciado que o vínculo afetivo da criança, a esta altura da vida, encontra-se bem definido na pessoa dos apelados, deve-se prestigiar a paternidade socioafetiva sobre a paternidade biológica, sempre que, no conflito entre ambas, assim apontar o superior interesse da criança.” (TJ RS – AC 70003110574 – 7ª Câmara Cível. – Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos – J. 14.11.2001).

### **2.3 A família e os valores inseridos na Constituição Federal de 1988: dignidade humana, solidariedade social e igualdade substancial**

O sistema jurídico da família tem por pressuposto a existência de direitos fundamentais inerentes à natureza humana, integrantes de princípios basilares e estruturais da ciência do direito. Ocorre, contudo, que falar em princípios significa, ao mesmo tempo, falar em valores.

Os valores da dignidade humana, solidariedade social e igualdade substancial norteiam a formulação dos princípios, inclusive no que concerne ao princípio da boa-fé objetiva. Neste sentido, Giorgio Oppo diz que “os valores funcionam como idealidades civis que inspiram a ordem jurídica e os princípios são a assunção em forma de preceitos desses valores.”<sup>75</sup>

Aliás, os valores surgem da necessidade e do interesse de um povo em uma determinada época. O conjunto de preceitos de ordem política, econômica, filosófica e jurídica inspira valores que norteiam a vida da sociedade e modelam o perfil de um povo. Tais valores ganham materialização por meio da ordem jurídica, a qual, por sua vez, recebe contornos de maior legitimidade a partir do momento em que os refletem.<sup>76</sup>

Os princípios, baseados em valores fundamentais do sistema, direcionam e servem de substrato para toda a ordem jurídica e, em especial, para o direito de família, que

---

<sup>75</sup> Oppo, Giorgio. Sui principi generali del diritto privato. In: *Revista de Diritto Civile* 1/475, ano XXXVII, n. 1, 1991.

<sup>76</sup> Para Pietro Perlingieri, “o valor se torna o resultado, não de um único critério (aquele da racionalidade ou aquele social ou político ou econômico), mas de um critério sincrético, devido a tantos aspectos, todos eles concorrentes.” Em outro trecho, diz o autor: “Desde as origens, o direito nasce como síntese e equilíbrio entre valores impostos e valores livremente escolhidos. Estes podem ser individuados no momento em que os particulares prevêm a regulamentação das relações, em adesão às opções de fundo da sociedade. O equilíbrio entre valores espontaneamente criados na atividade de todos os dias e valores impostos é o problema de base do ordenamento.” (*Perfis de direito civil*. 2. ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro, 2002, p. 30 e 31).

ao realizar a aplicação direta e imediata das diretrizes principiológicas, lhes garante significativa e necessária força jurídica.

No que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, sem dúvida, é ele a razão de ser do direito, seu fundamento axiológico, sendo a vida e a liberdade suas expressões mais extraordinárias. Sendo assim, o sistema jurídico de direito privado encontra seu substrato na dignidade da pessoa humana, fazendo com que o homem seja reconhecido como sujeito de direito.<sup>77</sup>

Distanciando-se do direito romano, em que só se considerava o homem como sujeito de direitos quando fosse livre, cidadão romano e independente do poder familiar, o sistema jurídico atual (artigo 1º do Código Civil de 2002) considera que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, sendo, portanto, sujeito de direito.

A partir desta visão, ser sujeito de direito significa ser titular de direitos, considerando-se o respeito e a preservação da dignidade o maior e mais absoluto de todos eles. Ou seja, a dignidade da pessoa humana é o conjunto de condições necessárias para a preservação e desenvolvimento da personalidade, sendo certo que todos os demais princípios de direito privado são decorrências deste princípio fundamental e supremo.

É, portanto, a dignidade da pessoa humana valor e princípio basilar de toda a ciência jurídica, representando, ainda, nos termos do art. 1º, III, da Constituição Federal

---

<sup>77</sup> Acompanhando este entendimento, merecem transcrição as palavras de Alexandre dos Santos Cunha: “O princípio da dignidade da pessoa humana, não obstante sua inclusão no texto constitucional, é, tanto por sua origem quanto pela sua concretização, um instituto basilar do direito privado. Enquanto fundamento primeiro da ordem jurídica constitucional, ele o é também do direito público. Indo mais além, pode-se dizer que é a interface entre ambos: a vértice do Estado de Direito.” (Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental de direito civil. In: Martins-Costa, Judith (org.), *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 260). Ressalte-se, ainda, os ensinamentos de Rosa Maria de Andrade Nery: “Em toda abordagem jurídica o intérprete invoca o princípio da dignidade do homem e os seus desdobramentos em todo o sistema jurídico. Mas esse princípio não é apenas uma arma de argumentação, ou uma tábua de salvação para complementação de interpretações possíveis de normas postas. Ele é a razão de ser do Direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar o sistema jurídico. Uma ciência que não se presta para prover a sociedade de tudo quanto é necessário para permitir o desenvolvimento integral do homem, que não se presta para colocar o sistema a favor da dignidade humana, que não se presta para servir ao homem, permitindo-lhe atingir seus anseios mais secretos, não se pode dizer Ciência do Direito.” (*Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 113).

de 1988, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Paralelamente, a dignidade impõe o dever básico de se garantir a intangibilidade da vida, o que leva, por consequência, à exigência de respeito à integridade física e psíquica das pessoas, à preservação das condições materiais mínimas para o exercício da vida e à defesa dos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária.<sup>78</sup>

Seguindo as idéias de Kant, o que caracteriza o ser humano, e o faz dotado de dignidade especial, é o fato de este nunca poder servir de meio para outro ser humano. As pessoas não existem em função de outras e não podem servir como objeto para outras porque têm sentido em si mesmas.<sup>79</sup>

Para tanto, observa-se a valorização da condição humana, a qual impulsiona uma nova ordem de valores, todos tendentes à realização integral da pessoa. Sob o enfoque do direito de família, como já observado, o núcleo familiar, formado a partir de laços de afetividade, respeito e confiança, deve cumprir a missão de espaço comunitário fundamental para a realização de uma existência digna de seus membros. Aliás, vale relembrar o caráter instrumental da família, na medida em que a entidade familiar é

---

<sup>78</sup> Conforme a observação de Antonio Junqueira de Azevedo, também utilizam a expressão “dignidade da pessoa humana”: “1) a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) tanto em seu primeiro ‘considerando’ quanto em seu primeiro artigo. ‘Considerando que o reconhecimento da *dignidade inerente a todos os membros da família humana* e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo’. E art. 1º: ‘Todos os homens nascem *livres e iguais em dignidade e direitos*. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.’ 2) a Constituição da República Italiana (1947): ‘Todos os cidadãos têm a *mesma dignidade social* e são iguais perante a lei sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais’ (art. 3º, 1ª parte). 3) a ‘Lei Fundamental’ da Alemanha (1949): ‘A *dignidade do homem é intangível*. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público’ (art. 1.1). 4) a Constituição da República Portuguesa: ‘Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na *dignidade da pessoa humana* e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 1º). E: “Todos os cidadãos têm a mesma *dignidade social* e são iguais perante a lei (art. 13., 1ª alínea).” (Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.), *Família e cidadania – o novo CCB e a vacatio legis*. . Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 330).

<sup>79</sup> Kant, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Edições e Publicações Brasil Editora, 1969, p. 92.

tutelada em razão de ser um mecanismo apto para a realização existencial dos seus membros.<sup>80</sup>

Por seu turno, a dignidade da pessoa encontra reflexos no art. 227 da Constituição Federal de 1988, uma vez que tal dispositivo estabelece que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Isso significa dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana gera direitos oponíveis ao Estado, que devem ser observados por toda a sociedade e pelos membros da própria família, devendo todos abster-se de violá-los.

Na qualidade de princípio norteador de todo o sistema jurídico, a dignidade da pessoa humana é uma fonte material concreta para a solução de diversos conflitos relacionados aos interesses personalíssimos e familiares. Não obstante a timidez de algumas decisões judiciais no reconhecimento da devida abrangência do princípio da dignidade da pessoa humana, percebe-se que o Poder Judiciário está paulatinamente trilhando o caminho da preservação absoluta de tal princípio, o que se dá por meio da busca pela igualdade substancial e pela valorização do afeto e da socialidade familiar.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> Válida, neste sentido, a transcrição das palavras de Luis Díez-Picazo (em idioma original): “En el Derecho moderno de la Familia resplandece una preocupación por lo que se pueden llamar las prestaciones vitales y el desarrollo de la personalidad. Cuenta más la persona que su fortuna.” (*Familia y derecho*. Madrid: Editorial Civitas, p. 83).

<sup>81</sup> Ilustrativamente, decisão do Superior Tribunal de Justiça fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana: “Processo Civil e Civil. Prequestionamento. Ausência. Súmula nº. 282/STF. União homoafetiva. Inscrição de parceiro em plano de assistência médica. Possibilidade. Divergência jurisprudencial não configurada. Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento. A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana. Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos

A este respeito, as palavras de Rosana Amara Girardi Fachin:

*“Essa mudança constitucional na valorização da dignidade humana, entretanto, está para além da realidade vivificada na sociedade. É pálida e ainda tímida a evolução no sentido da efetividade desses direitos. Toma relevo a atividade do Judiciário na construção sólida e intemerata de uma jurisprudência que reconheça, na plenitude, os direitos e os reais interesses da família.”<sup>82</sup>*

A partir das considerações realizadas acerca da dignidade humana, infere-se um outro valor fundamental para a configuração das relações familiares contemporâneas: a solidariedade familiar.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a solidariedade passou, após a Constituição Federal de 1988, a ser inscrita como princípio jurídico, extrapolando seu contexto meramente moral, verificado anteriormente.

A análise da solidariedade deve ser compreendida levando-se em conta o novo cenário mundial apresentado após a Segunda Guerra Mundial, em que o valor fundamental deixou de ser a vontade individual, dando lugar à pessoa humana e à dignidade que lhe é intrínseca. No Brasil, a Constituição Federal de 1988, por força do art. 3º, inciso I, estabelece ser objetivo da República Federativa do Brasil, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Ademais, no mesmo artigo

---

confrontados. Simples transcrição de ementas não basta.” (Superior Tribunal de Justiça, REsp 238.715 – RS, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 07.03.2006 – DJU 02.10.2006). Do mesmo modo, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana, a decisão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais: “Indenização. Danos Morais. Relação Paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.” (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Apelação nº. 408.550, 7ª Câmara Cível, Rel. Juiz Unias Silva – DJMG 29.04.2004).

<sup>82</sup> Fachin, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 82-83.

constitucional, em seu inciso III, há uma outra finalidade a ser alcançada: a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Por tudo isso, a solidariedade ganha contornos de princípio jurídico capaz de impor deveres ao Poder Público e de nortear a aplicação e a interpretação de todos os preceitos legais infraconstitucionais.

Come se poder depreender, o princípio constitucional da solidariedade é identificado com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos, marginalizados ou oprimidos. Trata-se, em certa medida, da idéia de fraternidade universal, impulsionada pelo estabelecimento de normas jurídicas que almejam a concretização de preceitos solidários, ultrapassando, assim, certas barreiras discriminatórias fundadas em diversidades religiosas, políticas e sociais.<sup>83</sup>

Este é o projeto solidarista, inscrito nos princípios constitucionais fundamentais, que começa lentamente a ser efetivado, seja por meio de normas, que direta e indiretamente afrontam tais desigualdades, seja via destinação de recursos especificamente para tal fim.<sup>84</sup>

No âmbito do direito de família, a solidariedade apregoada pela Constituição Federal impõe um dever de auxílio mútuo entre os parentes, não apenas no aspecto material, de prestação dos alimentos necessários para a manutenção de uma vida digna, mas também, no aspecto extrapatrimonial, o que faz com que haja entre os membros do núcleo familiar um dever de cooperação, respeito e afeto. Vê-se, pois, a solidariedade

---

<sup>83</sup> Sob este enfoque, é interessante a observação de Angelo Macchia (em idioma original): “Il primo articolo della Dichiarazione universale dei Diritti dell’Uomo proclama che il riconoscimento della dignità inerente a *tutti i membri della famiglia umana* e dei loro diritti eguali ed inalienabili costituisce il fondamento, non solo della libertà e della giustizia, ma anche dello spirito di fratellanza degli uni verso gli altri, dotati di ragione e di coscienza.” (La carta dell’O.N.U. come piattaforma giuridica della coesistenza pacifica. In: *La funzione del diritto nell’attuale momento storico*. Roma: Mario Bulzoni Editore, 1969, p. 164).

<sup>84</sup> Moraes, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 114.

sob o enfoque da assistência moral e material, mútua e recíproca, cuja observância se torna obrigatória para todos os cônjuges, companheiros, pais e filhos.

Ademais, na nossa Carta Magna, o princípio da solidariedade é claramente revelado no dever imposto à sociedade e ao Estado de proteção ao grupo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art. 227) e às pessoas idosas (art. 230).

De outra parte, no contexto do Código Civil, o princípio da solidariedade trouxe manifestos reflexos. Na observação precisa de Paulo Luiz Netto Lôbo, podemos destacar algumas normas fortemente atingidas por tal princípio:

*“O art. 1.513 do Código Civil tutela ‘a comunhão de vida instituída pela família’, somente possível na cooperação entre seus membros; a adoção (art. 1.618) brota não do dever, mas do sentimento de solidariedade; o poder familiar (art. 1.630) é menos ‘poder’ dos pais e mais munus ou serviço que deve ser exercido no interesse dos filhos; a colaboração dos cônjuges na direção da família (art. 1.567) e a mútua assistência moral e material entre eles (art. 1.566) e entre companheiros (art. 1.724) são deveres hauridos da solidariedade; os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos, para o sustento da família (art. 1.568); o regime matrimonial de bens legal e o regime legal de bens da união estável é o da comunhão dos adquiridos após o início da união (comunhão parcial), sem necessidade de se provar a participação do outro cônjuge ou companheiro na aquisição (arts. 1.640 e 1.725); o dever de prestar alimentos (art. 1.694) a parentes, cônjuge ou companheiro, que pode ser transmitido aos herdeiros no limite dos bens que receberem (art. 1.700), e que protege até mesmo o culpado (§ 2º do art. 1.694 e art. 1.704), além de ser irrenunciável (art. 1.707) decorre da imposição de solidariedade entre pessoas ligadas por vínculo familiar.”<sup>85</sup>*

---

<sup>85</sup> Lôbo, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 41.

Desta feita, a solidariedade familiar, em muitos aspectos, é corporificada por meio da preservação da confiança recíproca inerente às relações familiares, dando ensejo, por conseguinte, a um dever jurídico de correção, lealdade e boa-fé. Nesta medida, a solidariedade familiar não é mais considerada unicamente como um ato de liberalidade, inserido nos deveres éticos, apresentando, hoje, uma feição de obrigatoriedade jurídica a ser exigida e aplicada nos conflitos provenientes da família.<sup>86</sup>

Seguindo a dignidade humana e a solidariedade familiar, é imperativo tratarmos da igualdade como valor elementar na construção do Direito de Família contemporâneo. A igualdade, sem sombra de dúvidas, desponta como princípio intrinsecamente ligado ao reconhecimento e valorização da pessoa humana, sendo ainda necessária para a formação do Estado Democrático de Direito.

Nessa órbita, no ambiente familiar constitucional, podemos falar em igualdade entre os cônjuges (art. 226, § 5º), entre os filhos (art. 227, § 6º) e igualdade de proteção do Estado em relação à família, sem qualquer restrição (art. 226, *caput*). Tais preceitos obstam, hoje, qualquer referência à antiga legitimidade familiar e filial oriunda exclusivamente do matrimônio.<sup>87</sup>

A partir da caracterização da igualdade como princípio jurídico visceralmente ligado à promoção da dignidade da pessoa humana, vale destacar que constitui dever do legislador, hoje, a edição de normas e a implementação de mecanismos destinados à efetiva redução das desigualdades, inclusive no direito de família, fator que é

---

<sup>86</sup> Justamente neste aspecto, as palavras de C. Massimo Bianca (em idioma original): “La solidarietà del nucleo familiare deve intendersi anzitutto como solidarietà reciproca dei coniugi, tenuti ad assistersi moralmente ed economicamente (143 cc). Essa deve poi intendersi como solidarietà verso i figli: questa solidarietà risponde all’ età adulta, e cioè di essere mantenuta, istruita ed educata per la sua piena formazione sociale (147 cc).” (*Diritto civile. La famiglia – le successioni. Terza edizione riveduta e aggiornata. Milano: Giuffrè Editore, 2001, p. 15*).

<sup>87</sup> José Sebastião de Oliveira acrescenta, por sua vez, que: “A partir do momento que a Constituição Federal estabeleceu a plena igualdade entre homem e mulher (art.5º, *caput*, I, CF) e não deixou dúvidas de que isto também se estendia à sociedade conjugal (art.226, § 5º), perderam imediata eficácia todos os dispositivos legais que ‘legitimavam’ a injustificável ascendência do marido sobre a mulher e os filhos” (*Fundamentos constitucionais do direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 262*).

determinante para o alcance da igualdade substancial (ou material). Em outras palavras, paralelamente à igualdade formal, em que todos são considerados iguais perante a lei, sem qualquer distinção (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988), deve o sistema jurídico, por meio de normas e ações inclusivas, reconhecer a desigualdade existente e promover a equiparação entre os sujeitos de direito.<sup>88</sup>

Assim sendo, é mediante o reconhecimento da diversidade existente entre os membros do grupo familiar que se alcança a pretendida igualdade substancial ou material. Os sujeitos, portadores de características e condições particulares, fazem com que seja necessária uma atuação direta do direito de família no sentido de reconhecer tais desigualdades e estabelecer medidas de cunho protecionistas, visando à concretização da igualdade.<sup>89</sup>

Segundo atenta observação de Rodrigo da Cunha Pereira, “a construção da verdadeira cidadania só é possível na diversidade.” Ou seja, a formação e a construção da identidade social se fazem a partir da existência de indivíduos diferentes, podendo-se considerar, para tanto, as diferenças biológicas existentes entre os homens e as mulheres, as condições particulares dos menores e as diversas modalidades de família.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> Ao analisar a concepção de igualdade na Constituição Portuguesa, Ana Prata esclarece: “A análise da forma como a Constituição portuguesa encara e trata o problema da igualdade tem de situar-se em vários planos, adequadamente às várias perspectivas em que a lei constitucional toma a noção. Essencialmente, pode-se dizer que a igualdade na Constituição de 1976 tem dois sentidos: igualdade formal perante a lei, e igualdade substancial a promover pelo Estado, tomando como ponto de partida as desigualdades.” (*A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina, 1997, p. 93). Válido também neste aspecto são os ensinamentos de José Joaquim Canotilho, segundo o qual, “o princípio da igualdade, como elemento constitutivo de uma imposição constitucional concreta, fundamenta inequivocamente um dever legislativo de actuação.” (*Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 387).

<sup>89</sup> Ao preconizar a igualdade absoluta na aplicação da lei, Hans Kelsen diz que embora sociológica e politicamente existam diferenças ou desigualdades entre os homens, para o ordenamento jurídico, emanado pela coação, todos os homens estão submetidos, igualmente, à mesma regra. A norma jurídica deverá, ao ser aplicada, abranger apenas os sujeitos que em seu suporte fático se enquadrem. (*Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 33).

<sup>90</sup> Pereira, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 141. Neste aspecto, é interessante a observação feita por Maria Berenice Dias: “O desafio é considerar saudáveis e naturais diferenças entre homens e mulheres dentro do princípio da igualdade. Já está superado o entendimento de que a forma de implementar a igualdade é conceder à mulher o tratamento diferenciado que os homens sempre desfrutaram. O modelo não é o masculino, e é preciso reconhecer as

Em consonância com a Constituição Federal, o Código Civil de 2002 também consagrou o princípio da igualdade no âmbito do direito de família. Constata-se a referida consagração em diversos dispositivos da nova legislação, os quais determinam, por exemplo, a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (art. 1.511), a mútua colaboração de ambos os cônjuges na direção da sociedade conjugal (art. 1.567), a reciprocidade de deveres atribuídos igualmente ao marido e à mulher (art. 1.566 do Código Civil de 2002), a possibilidade de qualquer um dos nubentes acrescentar ao seu o sobrenome do outro (art. 1.565, § 1º).

Não se pode olvidar, portanto, que a igualdade substancial é princípio jurídico norteador do direito de família, ultrapassando os limites da igualdade formal de todos os componentes do grupo familiar perante a lei. A igualdade substancial necessária para a formação de um indivíduo plenamente digno deve ser pautada na solidariedade, no respeito e na afetividade. Noutros termos, dentro da família, haverá o respeito, a preservação da confiança mútua e da boa-fé das partes, à medida que for possível identificar as particularidades de cada relação familiar e de cada um dos indivíduos.

De outra parte, é evidente que o reconhecimento da desigualdade e o respeito às diferenças devem ser justificados pelos fins a que se destinam. Assim, ao conferir tratamento desigual a pessoas e situações, de forma injustificada, e sem que haja razões jurídicas para tanto, o legislador e o julgador estarão desvirtuando o princípio da igualdade substancial. De fato, a diversidade existente entre as pessoas e grupos familiares exige que atos e condutas sejam distintos para o alcance da verdadeira justiça e para a consagração da igualdade. Ocorre, contudo, que tal desigualdade, que em um primeiro

---

diferenças, sob pena de ocorrer a eliminação das características femininas. Em nome do princípio da igualdade, é necessário reconhecer direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar também o juiz a se calar. Imperioso que, em nome da isonomia, ele reconheça direitos às situações mercedoras de tutela. O princípio da igualdade não vincula somente o legislador. O intérprete também tem de observar suas regras. Assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz deve aplicar a lei de modo a não gerar desigualdades.” (*Manual de direito de famílias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 56).

momento é legítima, não pode se mostrar com conteúdo discriminatório, opondo-se, assim, a todas as demais diretrizes constitucionais.

Nessa cadência, as palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo:

*A igualdade e seus consectários não podem apagar ou desconsiderar as diferenças naturais e culturais que há entre as pessoas e entidades. Homem e mulher são diferentes; pais e filhos são diferentes; criança e adulto ou idoso são diferentes. A família matrimonial, a união estável, a família monoparental e as demais entidades familiares são diferentes. Todavia, as diferenças não podem legitimar tratamento assimétrico ou desigual, no que concernir com a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família. Não há qualquer fundamentação jurídico-constitucional para distinção de direitos e deveres essenciais entre as entidades familiares, ou para sua hierarquização, mas são todas diferentes, não se podendo impor um modelo preferencial sobre as demais, nem exigir da união estável as mesmas características do casamento, dada a natureza de livre constituição da primeira.”<sup>91</sup>*

Diante da reordenação de valores, os membros das relações familiares, sendo eles dotados de liberdade em suas escolhas e atos, são protagonistas de um cenário jurídico previamente desenhado pelas diretrizes e princípios constitucionais. Cada indivíduo é livre para escolher seu papel familiar e optar pela espécie de relação que lhe convém, desde que obedeça aos valores fundamentais ditados pela ordem jurídica.

---

<sup>91</sup> Lôbo, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 44. Vale observar, também, as palavras de Mônica Guazzelli Estrogo: “Com efeito, a designação – igualdade – dada ao princípio jurídico, instituído na Constituição, não preconiza uma igualdade absoluta, até porque as coisas, os direitos e as obrigações podem se apresentar, materialmente, distintos e, no entanto, podem exprimir uma igualdade, v.g; ‘assim ocorre na divisão ou partilha de bens em que a igualdade se infere da equivalência ou proporção do quinhão, quanto a seu valor, atendida, quanto possível a natureza ou qualidade dos bens’. Traz, aí, o sentido de proporcionalidade.” (O princípio da igualdade aplicado à família. In: Welter, Belmiro Pedro; Madaleno, Rolf Hanssen (coords.), *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 328).

São esses, em suma, os valores inseridos na Constituição Federal de 1988, capazes de traçar as linhas gerais do direito de família e que fazem com que a investigação científica do sistema jurídico atual seja adequada à realidade social em sua constante transformação.

Por fim, levando em conta tudo que foi observado, concluímos que os valores aqui delineados são fundamentais para a real compreensão do significado e alcance da boa-fé objetiva nas relações familiares.

### 3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Ultrapassada a análise dos valores essenciais para a formação do sistema jurídico familiar, impõe-se uma breve abordagem sobre a função desempenhada pelos princípios gerais do direito e princípios específicos do direito de família.

É de se ponderar que a carga axiológica dos valores fundamentais impulsiona a criação dos princípios, os quais, de outra parte, fazem com que tais valores deixem um contexto vago e isolado, passando a assumir uma feição materializada.

Com isso, os princípios gerais de direito, compostos por valores gerais e fundamentais, asseguram a unidade do sistema jurídico. Fica claro, assim, que os princípios gerais do direito são mecanismos necessários para a formação de um sistema axiológico em que exista compatibilidade lógica entre as diversas normas.

De todo modo, o reconhecimento dos valores essenciais e a formação dos princípios norteadores exigem um trabalho de dogmática jurídica, com uma função exegética e outra sistemática. Na esteira dos pensamentos de Giuseppe Lumia, a dogmática jurídica, à qual pertence o estudo dos conteúdos normativos, executa duas tarefas: a tarefa exegética e a tarefa sistemática. Nas palavras do ilustre autor:

*“A tarefa exegética é dirigida ao reconhecimento do significado de cada norma (ou seja, à sua interpretação). A tarefa sistemática consiste: a) no agrupamento das normas jurídicas com base no objeto que chamamos de institutos (por exemplo, os institutos da família, da propriedade, do contrato etc.); e b) na elucidação por elas de princípios*

*gerais (por exemplo, o princípio da boa-fé, da justa causa, do favor rei etc.).”<sup>92</sup>*

Toda essa argumentação tem em mira a compreensão do real significado do princípio da boa-fé objetiva e da sua extensão às relações familiares. Veja-se, pois, que o direito civil atual abandonou o modelo rígido, sistematizado por fórmulas e conceitos fechados – consideradas verdadeiros axiomas pela pandectística alemã – para adotar um modelo flexibilizado, fundado em cláusulas gerais influenciadas por valores e princípios constitucionais.

Em linhas gerais, a dogmática atual se mostra logicamente estruturada por princípios que, por sua vez, nos remetem à compreensão do sistema jurídica como um todo, de forma globalizada. Ou seja, os valores estão interligados entre si, entre os princípios existem conexões evidentes e as cláusulas gerais estruturam os diversos ramos do direito, de modo que se torna possível a aplicação de normas jurídicas previstas para determinadas categorias de relações jurídicas em outras espécies de relações, para as quais não haja, primariamente, uma vinculação expressa e específica.

É o que ocorre, em certa medida, com o princípio da boa-fé objetiva, previsto expressamente na ordem jurídica para as relações obrigacionais e que neste contexto é posicionado como um princípio geral, composto por valores universais e essenciais a serem priorizados em todo o direito.

---

<sup>92</sup> Lumia, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 07.

### **3.1 As funções desempenhadas pelos princípios gerais do direito e pelos princípios fundamentais do direito de família**

Os princípios gerais do direito de família são inspirados em princípios fundamentais do direito, os quais, nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Jr., “representam uma reminiscência do direito natural como fonte.”<sup>93</sup>

Sem dúvida, o sistema jurídico de direito privado tem por pressuposto a existência de direitos fundamentais inerentes à natureza humana, integrantes de princípios basilares e estruturais da ciência do direito.<sup>94</sup>

Em uma acepção geral, os princípios são enunciados lógicos admitidos como condição de validade das demais regras componentes de um determinado sistema. Uma regra ao ser reconhecida como princípio, torna-se uma assertiva a ser simplesmente declarada, independentemente de qualquer comprovação. Os princípios assumem, portanto, um caráter incontestável de veracidade, servindo como uma premissa real que atuará na base para a formulação de outras proposições, as quais serão logicamente demonstradas, fundamentadas e interpretadas.

Trata-se, pois, de considerar o princípio como uma proposição nuclear capaz de fundamentar um sistema logicamente dedutivo. Desta forma, o sistema, formado por um conjunto de proposições, para que seja lógico, parte de conceitos fundamentais com o propósito de obter definições em cadeia. Ao se referir à fundamentação de uma premissa, David Viewyg observa:

---

<sup>93</sup> Ferraz Junior, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 23.

<sup>94</sup> Segundo José Puig Brutau, no campo do direito, os princípios são as diretrizes que justificam o caráter racional de todo o ordenamento. (*Fundamentos de derecho civil, teoria preliminar: introducción al derecho, principios generales del derecho*. Barcelona: Bosch, 1989. p. 216).

*“Coisa distinta de legitimizar ou de provar uma premissa é demonstrá-la ou fundamentá-la. Esta última é uma questão meramente lógica. Ela reclama um sistema dedutivo. Pois exige que a proposição utilizada como premissa possa ser reduzida a outra e, por último, a uma proposição nuclear, ou bem, ao contrário, que possa ser deduzida partindo daquela ou que possa ser, de qualquer modo, definida ela mesma como proposição nuclear.”<sup>95</sup>*

De todo o modo, nota-se a função “sistematizadora” dos princípios. Ocorre, contudo, que os princípios muitas vezes carregam conteúdos confrontantes entre si, os quais merecem, no mais das vezes, certas restrições e adequações. A este respeito, segundo a lição precisa de Ricardo Luis Lorenzetti, “o conflito entre princípios se soluciona mediante um juízo de ponderação de interesses opostos. Trata-se de qual interesse, abstratamente do mesmo nível, tem o maior peso no caso concreto.”<sup>96</sup>

Ademais, por mais que sejam considerados como concretizações de diversos valores, que deixam o plano abstrato e se tornam mais sólidos, os princípios muitas vezes necessitam, para a sua aplicação, de subprincípios específicos de conteúdo material concreto.

É o que se denota nas lições de Canaris sobre a função “sistematizadora” dos princípios:

*“Salientem-se, aqui, quatro características: os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; eles não têm a pretensão da exclusividade; eles ostentam o seu sentido*

---

<sup>95</sup> Viewy, David. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 43. Nessa linha, ao tratar dos princípios do direito administrativo, José Cretella Júnior explica: “Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípio, neste sentido, são os alicerces, os fundamentos da ciência.” (*Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1972, v. X, p. 18).

<sup>96</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 426.

*próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; e eles precisam, para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio. Os princípios não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou em contradição entre si. Esta característica não precisa de explicação; é para os juristas um fenômeno seguro o de que, às decisões fundamentais da ordem jurídica, subjazem muitas exceções e de que os princípios singulares não poucas vezes levam a decisões contrárias.”<sup>97</sup>*

Destarte, identificamos o fenômeno jurídico a partir de um sistema formado por princípios capazes de realizar a adequação valorativa e conferir unidade lógica à ordem jurídica. Em razão do pensamento sistemático, o valor supremo da segurança jurídica se realizará, garantindo a estabilidade da legislação e da jurisprudência. É, pois, a garantia de um direito adequadamente ordenado, que não se mostra por meio de um cenário composto por diversas normas singulares, desconexas e contraditórias entre si.

A propósito, com proficiência, Miguel Reale define os princípios gerais do direito como sendo “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.”<sup>98</sup>

De tudo isso deduz-se que o princípio geral confere unidade ao ordenamento, desempenhando uma função “sistematizadora”. Todavia, a tarefa do cientista na identificação dos princípios gerais é feita por meio da enumeração dos valores essenciais para a concretização da justiça e da demonstração de quais destes valores possuem um conteúdo geral a ser aplicado em todos os ramos do direito. Nesta medida,

---

<sup>97</sup> Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 88.

<sup>98</sup> Reale, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 304.

vislumbra-se que nem todos os princípios gerais possuem a mesma amplitude, pois há os que se aplicam apenas em algumas áreas do direito, servindo desta forma como premissa lógica para a formação de um subsistema regulador de relações jurídicas específicas. Por outro lado, determinados princípios previstos para campos específicos da experiência jurídica, atrelados expressamente a um subsistema, adquirem força generalizante, exatamente pelo conteúdo universal que possuem, conferindo, desta forma, unidade lógica ao sistema.

Sob este prisma, identificamos o princípio da boa-fé objetiva como princípio geral do direito e, ao conter valores universais, deve ser aplicado em todos os ramos do direito, inclusive no que concerne às relações familiares. É o que adiante se buscará demonstrar de maneira mais apurada.

Vê-se, ainda, que além do papel informador desempenhado pelos princípios, o valor central de todo o sistema, como já se observou, é o alcance da dignidade humana. Nestes termos, Rodrigo da Cunha Pereira faz importante observação, que transcrevemos a seguir:

*“Diante disso, o papel dos princípios é, também, informar todo o sistema, de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas, ultrapassando, desta forma, a concepção estritamente positivista, que prega um sistema de regras neutro. Não mais se aceita um Direito adstrito a concepções meramente formais, enclausurado em uma moldura positivista. É necessário ultrapassar esta barreira e visualizar que só é possível a construção de um Direito vivo e em consonância com a realidade se tivermos em mente um Direito principiológico.”<sup>99</sup>*

---

<sup>99</sup> Cunha Pereira, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 18.

Vale dizer, ademais, que os princípios gerais são proclamados pelo artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil como fonte subsidiária do direito, uma vez que, segundo o referido dispositivo legal, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.” Não obstante se reconheça o caráter de “supletividade” dos princípios gerais do direito, não resta dúvida, como já foi observado, de que a moderna teoria geral do direito destina aos princípios uma tarefa muito mais significativa. Aliás, os princípios, positivados ou não, recebem a conotação de norma direta e estrutural do sistema jurídico.<sup>100</sup>

De qualquer forma, os princípios gerais do direito são diretrizes com força normativa, destinadas à solução das controvérsias submetidas a juízo, cumprindo funções de interpretação, integração e aplicação do direito positivo. Em se considerando o caráter fundamental dos princípios gerais do direito, é certo afirmar ainda que, estando ou não expressos, são eles pontos básicos de sustentação do direito, incorporando, também, a categoria das fontes jurídicas.<sup>101</sup>

Denota-se, assim, acompanhando a teoria de Norberto Bobbio, que os princípios são as normas mais gerais do sistema e contêm o espírito que paira sobre todas as leis. Significa dizer, por outras palavras, que o princípio é qualificado como uma norma

---

<sup>100</sup> No mesmo sentido, prescreve o art. 16 do Código Civil argentino (em idioma original): “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.”

<sup>101</sup> Nos moldes da doutrina de Hans Kelsen, “todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.” (*Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 217). Vale acrescentar, ainda, que conforme definição de Norberto Bobbio, as fontes do direito são “fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas.” (*Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999, p. 45).

fundamental e é fonte de validade de todo o ordenamento jurídico, garantindo que todas as outras normas componentes do sistema tenham a sua devida legitimidade e eficácia.<sup>102</sup>

Feitas as devidas ponderações acerca dos princípios gerais do direito, cuidaremos, a seguir, dos princípios gerais destinados à estruturação específica do atual direito de família. Antes, porém, algumas observações merecem destaque.

É manifesto, como ressaltamos anteriormente, que o atual centro da tutela constitucional se deslocou do casamento para as relações familiares dele decorrentes. Por outro lado, a “família-instituição” deu lugar à “família-instrumento”, dirigida ao desenvolvimento da personalidade e promoção da dignidade humana. Os novos valores, resumidos no respeito à dignidade humana e nas concepções de igualdade e solidariedade social, são refletidos nos princípios jurídicos familiares contemporâneos. De tais valores centrais surgem outros como decorrência: o afeto, a confiança, o respeito, a lealdade, a responsabilidade, a boa-fé. Como fica evidente, todos esses elementos axiológicos fomentaram o surgimento dos princípios fundamentais norteadores das relações familiares.

Para a identificação dos princípios fundamentais do direito de família, é oportuna a análise do texto constitucional vigente, do qual extraímos as diretrizes a seguir:

- a) reconhecimento da família como instituição básica da sociedade e como objeto de proteção do Estado (art. 226, *caput*);
- b) reconhecimento, para fins de proteção do Estado, da entidade familiar formada a partir da união estável estabelecida entre homem e mulher (art. 226, §3º) e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º);
- c) igualdade jurídica dos cônjuges (art. 226, § 5º);
- d) possibilidade de dissolução do casamento pelo divórcio (art. 226, § 6º);
- e) liberdade do casal para a realização do planejamento familiar a ser propiciado pelo Estado por meio de recursos educacionais e científicos (art. 226, § 7º);
- f) igualdade absoluta entre os filhos, havidos ou

---

<sup>102</sup> Bobbio, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999, p. 158.

não do casamento, ou por adoção (art. 227, § 6º); g) reconhecimento dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes a serem assegurados pela família, sociedade e Estado (art. 227, *caput* e §§); h) imposição de responsabilidade dos pais na assistência, criação e educação dos filhos menores e dever dos filhos maiores no amparo dos pais na velhice (art. 229); proteção dos direitos dos idosos (art. 230).

Ademais, os valores da “eticidade” e da “socialidade”, presentes no Código Civil atual, emprestam o seu conteúdo para os princípios regentes da família. Com muita precisão, Miguel Reale atenta-nos para esta nova realidade do nosso ordenamento civil:

*“Tendo como fulcro fundamental o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores, houve uma mudança, da maior importância. O novo Código abandonou o formalismo técnico-jurídico, superado, próprio do individualismo da metade do século, para assumir um sentido mais aberto e compreensivo, sobretudo numa época em que os meios de informação são muito mais poderosos.”*<sup>103</sup>

A par de todas essas considerações, ressaltamos, mais uma vez, a dignidade humana como eixo central do sistema jurídico e dos princípios que dele fazem parte, se fazendo necessária a preservação deste valor supremo e absoluto por meio de mecanismos concretos previstos no ordenamento jurídico.<sup>104</sup>

De tudo isso, sustentados na hermenêutica constitucional, nos preceitos da nova legislação civil e em valores representativos dos anseios e expectativas da

---

<sup>103</sup> Reale, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*: situação após a aprovação pelo Senado Federal. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 179.

<sup>104</sup> Neste sentido, Francesco Santoro Passarelli (em idioma original): “Gli studi del diritto civile, largamente inteso, lasciamo nel loro complesso, a mio giudizio, quale eredità più preziosa al nuovo secolo la tutella della libertà anche economica e della dignità della persona, di ogni singola persona, quale bene fondamentale garantito dal nostro ordinamento.” Acompanhando esta visão, Natalino Irti: “La difesa dell’uomo – come persona (dice il fedele), come individuo (dice il laico) – è l’eredità più preziosa del diritto privato.” (*Intervista sul diritto privato*. Padova: Antonio Milani, 1988. p. 93 e 113).

coletividade, nascem os princípios do direito de família, os quais possuem uma estreita ligação com os princípios constitucionais gerais.

Não há como negar, destarte, a vinculação e muitas vezes a coincidência entre todos os princípios, tendo em vista, principalmente, que todos possuem uma origem axiológica e constitucional comum.

Neste diapasão, de forma sistematizada, Rodrigo da Cunha Pereira lista os princípios vitais e fundamentais para o direito de família: a) princípio da dignidade humana; b) princípio da monogamia; c) princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; d) princípio da igualdade e respeito às diferenças; e) princípio da autonomia e da menor intervenção estatal; f) princípio da pluralidade de formas de família; g) princípio da afetividade.<sup>105</sup>

Com poucas variações, e preconizando as mesmas bases, Flávio Tartuce estabelece a “principiologia” nuclear do direito de família: a) princípio da dignidade da pessoa humana; b) princípio da solidariedade familiar; c) princípio da igualdade entre os filhos; d) princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros; e) princípio da igualdade na chefia familiar; f) princípios da não-intervenção ou da liberdade; g) princípio do melhor interesse da criança; h) princípio da afetividade; i) princípio da função social da família.<sup>106</sup>

Por seu turno, conforme os dizeres de Paulo Luiz Netto Lôbo, para efeito didático, os princípios jurídicos aplicáveis ao direito de família podem ser agrupados da seguinte forma: a) princípios fundamentais: dignidade da pessoa humana e solidariedade; b) princípios gerais: igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> Pereira, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 36 e 37.

<sup>106</sup> Tartuce, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: <[http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce\\_princfam.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_princfam.doc)> Acesso em: 15.02. 2007.

<sup>107</sup> Lôbo, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 37.

De toda a sorte, entendemos, após o cotejo do rol estabelecido pelos diversos autores mencionados e levando-se em consideração todos os paradigmas já traçados, que o direito de família, primariamente ligado a proposições fundamentais e gerais, necessita, hoje, de uma análise específica dos princípios a ele atrelados.

Assim, em que pesem todas estas proposições possuírem uma aplicabilidade extensiva a outros ramos do direito e haver interligações evidentes entre elas, concluímos que são princípios fundamentais específicos do direito de família: a) o princípio da dignidade da pessoa humana; b) o princípio da igualdade das relações familiares e de seus membros; c) o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; d) princípio da não-intervenção ou da liberdade; e) princípio da solidariedade familiar; f) princípio da afetividade; g) princípio da função social da família; h) princípio da responsabilidade patrimonial nas relações familiares; e, por fim, o que é objeto deste trabalho, i) o *princípio da boa-fé objetiva e do respeito à confiança nas relações familiares*.<sup>108</sup>

Todos esses princípios, vale ressaltar mais uma vez, são dotados de pontos conexos, e podemos inclusive dizer que um é decorrência direta do outro. De toda a sorte, eles fazem parte de uma categoria normativa essencial para a formação de um direito de família compatível com os padrões sociais e éticos da atualidade.

Em suma, tais princípios mostram um direito de família comprometido com o seu tempo e nos trazem a concepção plural do direito, obtida a partir do estabelecimento de cláusulas gerais, passíveis de receberem a melhor aplicação e adequação diante do caso concreto.

---

<sup>108</sup> Com base nos estudos realizados, sugerimos, neste trabalho, um rol mais amplo dos princípios fundamentais do direito de família, no qual incluímos o princípio da boa-fé objetiva e do respeito à confiança nas relações familiares.

### 3.2 A função da ética na aplicação dos princípios e o dever do comportamento ético no direito de família

Após todas as atrocidades e abusos perpetrados durante a Segunda Guerra Mundial, verificou-se uma tendência do direito em assumir um compromisso ético voltado à disciplina das relações interpessoais de caráter público e privado, com o objetivo de se garantir, em última instância, valores universais voltados à defesa da vida e da dignidade humana nos seus diversos aspectos. Nesta realidade, em um primeiro momento, operou-se a fortificação dos direitos humanos e a reconstrução da teoria dos direitos fundamentais no âmbito do direito internacional público e do direito constitucional.

Superada esta primeira fase, a defesa da dignidade humana trouxe reflexos ao direito privado, até então marcado pelo positivismo característico do período do liberalismo burguês. De outra parte, a “laicização” do Estado suscitou a necessidade de se buscar outros valores, diversos daqueles estritamente de cunho religioso, capazes de estabelecer restrições às ações humanas nos diversos setores da sociedade. É nesse contexto que aparece a notória conotação ética do direito atual, estruturado e fortificado por normas dotadas de preceitos éticos.

Válido registrar, neste aspecto, as palavras de Miguel Reale:

*“A norma ética estrutura-se, pois, como um juízo de dever ser, mas isto significa que ela estabelece, não apenas uma direção a ser seguida, mas também a medida da conduta considerada lícita ou ilícita. Se há, com efeito, algo que deve ser, seria absurdo que a norma não explicitasse o que deve ser feito e como se deve agir.”*<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> Reale, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36.

Não obstante a existência de diversas acepções para a palavra “ética”, nota-se a eticidade no âmbito do direito privado aliada à preconização de um determinado padrão de conduta delineado pelos deveres da lealdade, honestidade, probidade e boa-fé. Com efeito, nítida é a exigência atual das normas jurídicas no que diz respeito à eticidade das condutas e no estabelecimento de conseqüências jurídicas para o descumprimento de deveres de cunho ético.

Nesse sentido, podemos dizer que, da mesma forma que as normas morais, as normas éticas regulam as relações humanas mediante regras de conduta impostas aos indivíduos para que seja possível a vida harmoniosa na sociedade. Em razão da coincidência de funções, grande é a dificuldade em se estabelecer a diferença entre a norma ética e a norma moral, principalmente porque a palavra ética vem do grego *ethos*, que significa moral. Assim, apesar da origem comum de ambos os termos e de freqüentemente serem estes usados indistintamente, convém estabelecer uma relativa diferença de significados. De um determinado ponto de vista, a moral se relaciona às ações, isto é, à conduta real, individual ou coletiva. A ética, por sua vez, faz alusão aos princípios ou juízos que originam essas ações.<sup>110</sup>

Por outro lado, Vicente Ráo assevera que “a moral também estabelece normas de conduta, normas éticas, destinadas a regular os atos humanos tendentes à consecução dos fins que ao homem são próprios; e o desrespeito destas normas acarreta a cominação de sanções.”<sup>111</sup>

Válidas, ainda, são as lições de José Renato Nalini no tocante às diferentes perspectivas existentes entre a ética e a moral, não obstante a origem comum das palavras:

---

<sup>110</sup> Zimerman, David. *Uma visão psicanalítica da ética*, p. 594 *apud* Dias, Maria Berenice. A ética na jurisdição de família. In: Pereira, Tânia da Silva; Pereira, Rodrigo da Cunha (coords.), *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 59.

<sup>111</sup> Ráo, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 71.

*“Conceituar ética já leva à conclusão de que ela não se confunde com a moral, pese embora aparente identidade etimológica de significado. Ethos, em grego e mos, em latim, querem dizer costume. Nesse sentido, a ética seria uma teoria dos costumes. Ou melhor, a ética é a ciência dos costumes. Já a moral não é ciência, senão objeto da ciência. Como ciência, a ética procura extrair dos fatos morais os princípios gerais a eles aplicáveis.”*<sup>112</sup>

De fato, podemos dizer que a moral está ligada a certos valores e padrões oriundos de convicções íntimas e pensamentos ou de fatos próprios pertencentes a uma determinada cultura ou religião. De outro modo, dotada de uma conotação teórica, a ética é uma ciência materializada por meio de regras de conduta, impondo deveres aos seus destinatários no âmbito social. Não há como negar, contudo, que o complexo de normas éticas é originado dos costumes, usos, hábitos, comportamentos e, principalmente, de valores ligados à idéia de “bem comum” e de “justiça”.

Por conseguinte, a ética confere ao direito o substrato material necessário para a produção de normas jurídicas, as quais recebem o poder de coerção estatal. É certo, pois, que o fundamento ético confere legitimidade e eficácia às normas jurídicas, tendo em vista a sua correlação com os padrões de conduta esperados e admitidos no ambiente social em uma determinada época.

Com o mesmo espírito, as palavras de Maria Berenice Dias merecem transcrição:

*“Ainda que as normas éticas e morais variem no tempo e no espaço, são elas que dão sustentação ao Direito, emprestando conteúdo de*

---

<sup>112</sup> Nalini, José Renato. *Ética geral e profissional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 36.

*validade à legislação. Assim, o Direito não pode prescindir da ética, sob pena de perder sua razão de ser. Qualquer norma, qualquer decisão que chegue a resultado que se divorcie de uma solução de conteúdo ético não subsiste. Essa preocupação não deve ser só do legislador, mas também os aplicadores do Direito precisam conduzir suas decisões de forma que a solução não afaste de padrões éticos. É mister que a sentença imponha um agir de boa-fé. Não pode gerar prejuízo a ninguém e, muito menos, cancelar enriquecimento sem causa.”<sup>113</sup>*

Observa-se, portanto, que os deveres éticos da lealdade e da boa-fé assumem a posição de paradigma para o direito, principalmente no âmbito de regulação das condutas resultantes de relações interpessoais. Há, pois, no direito civil, diversos deveres jurídicos que possuem em sua essência um nítido fundamento ético. É o que ocorre, por exemplo, na responsabilidade civil, fundamentada no dever ético de não causar, injustamente, dano a outrem, ou ainda, na obrigação de indenizar decorrente do enriquecimento ilícito, fundamentada no dever ético de que ninguém pode auferir acréscimo patrimonial injustificadamente ou em proveito de outra pessoa.

Aliás, o Código Civil de 2002 detém expressiva carga ética em vários de seus dispositivos. Podemos citar, desde logo, o art. 422, que estabelece a boa-fé objetiva como princípio fundamental e cláusula geral dos contratos, tanto na fase de elaboração quanto na fase de sua execução. Ou, também, o art. 113, que impõe a boa-fé como elemento de direção na interpretação dos negócios jurídicos, e o art. 187, que atribui o caráter de ilicitude ao ato que, ao ser praticado, excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Ressalte-se, contudo, que essas

---

<sup>113</sup> Dias, Maria Berenice. A ética na jurisdição de família. In: Pereira, Tânia da Silva; Pereira, Rodrigo da Cunha (coords.), *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 60.

são apenas algumas referências à boa-fé e ao caráter ético da nova legislação civil, uma vez que em diversos outros momentos o legislador privilegiou e consagrou o dever de lealdade e retidão a ser pautado nas relações jurídicas privadas.

O princípio da eticidade, preconizado pelo insigne jurista Miguel Reale, que foi, inclusive, coordenador da comissão encarregada da elaboração do anteprojeto do Código Civil, encontra sustentáculo na valorização da pessoa humana e prioriza a equidade, a boa-fé e a justa causa.<sup>114</sup>

Dessa forma, confere-se maior poder ao juiz para encontrar a solução mais justa e equitativa. Neste sentido, é posto o princípio do equilíbrio econômico dos contratos como base ética de todo o direito obrigacional. De outra parte, reconhece-se a possibilidade de se resolver um contrato em virtude do advento de situações imprevisíveis, que inesperadamente venham alterar os dados do problema, tornando excessivamente onerosa a posição de um dos contratantes.<sup>115</sup>

Nessa linha de idéias, a concepção geral da ética no sistema jurídico impõe que as normas não contenham definições precisas e exatas de comportamentos, formando, assim, sistemas rígidos e fechados, mas, ao contrário, que haja cláusulas gerais impondo deveres de conduta, que serão livremente avaliados e identificados pelo juiz no caso concreto. Trata-se, pois, de mecanismo de “instrumentalização” e “flexibilização” do direito, que passa a ser mais real e coincidente com as necessidades daquele caso específico.

---

<sup>114</sup> Assinala José Augusto Delgado que: “O tipo de ética buscado pelo Novo Código Civil é o defendido pela corrente kantiana: é o comportamento que confia no homem como um ser composto por valores que o elevam ao patamar de respeito pelo seu semelhante e de reflexo de um estado de confiança nas relações desenvolvidas, quer negociais, quer não negociais. É, na expressão Kantiana, a certeza do dever cumprido, a tranquilidade da boa consciência.” (A ética e a boa-fé no novo Código Civil. In: Delgado, Mário Luiz; Alves, Jones Figueiredo (coords.), *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Ed. Método, 2004, v. 1, p.177).

<sup>115</sup> Gonçalves, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002: breves comentários*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 05.

A esse respeito, com brilhantismo disse o professor Miguel Reale, ainda durante a vigência do Código Civil de 1916:

*“Não obstante os méritos desses valores técnicos, não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica, que com aqueles deve ser compatibilizar. Daí a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais.”<sup>116</sup>*

Em outras palavras, o princípio da eticidade obriga não apenas os sujeitos da relação a se comportarem com retidão, lealdade e em conformidade com valores éticos cristalizados no seio social, mas também obriga o operador do direito a promover a concreção jurídica com base nesses mesmos valores éticos, suprindo lacunas, declinando da aplicação, ao caso concreto, de norma que não seja razoável e interpretando a lei com observância do conteúdo moral do direito.<sup>117</sup>

Ora, nesta medida, a novel codificação civil brasileira consagrou a ética como valor absoluto a ser priorizado em todas as relações jurídicas de direito privado, desde a formação até a execução, tornando necessárias as noções de proporcionalidade e razoabilidade na solução dos conflitos de interesses. Ou seja, a aplicação da lei deve ser ponderada e sopesada diante das reais circunstâncias fáticas, o que exige do julgador um posicionamento ativo e compromissado com os deveres éticos.

---

<sup>116</sup> Reale, Miguel. *Visão geral do novo Código Civil*. Pronunciamento proferido na Academia Paulista de Letras em 29 de novembro de 2001, reconstituído pelo autor.

<sup>117</sup> Paul, Ana Carolina Lobo Gluck. O princípio da eticidade na nova ordem civil brasileira. In: Nery, Rosa Maria de Andrade (coord.), *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 483.

Não há como negar, por seu turno, que a eticidade trouxe, da mesma forma, significativos reflexos ao direito de família. A exigência ética nas relações patrimoniais e existenciais da família é justificada em determinadas situações, mediante a cláusula geral de boa-fé e da vedação ao abuso do direito e, em outras, por meio de expressões com conotação ética utilizadas pelo legislador do Código Civil, como, por exemplo, a “plena comunhão de vida” (art. 1.511), a “fidelidade recíproca”, a “mútua assistência”, o “o respeito e consideração mútuos” (art. 1.566), e a “afetividade” (art. 1.584, § único).<sup>118</sup>

Não obstante as considerações feitas sobre a real perspectiva trazida pela visão ética, muitas vezes o moralismo defendido por determinados grupos sociais e até mesmo refletido na norma jurídica faz com que a eticidade seja desvirtuada. Por tal razão, a ética, como marco referencial, deve prevalecer em relação aos valores “ditos” morais de conteúdo discriminatório e preconceituoso.

Durante muito tempo a chamada “moral familiar” preteriu o reconhecimento dos filhos espúrios, negou o reconhecimento da união estável como entidade familiar e considerou a mulher casada como ser inferior e incapaz de autodeterminação própria e de condução da vida familiar. Ainda hoje, em nome da moral, muitos negam a adoção de uma criança por um casal homossexual com plena capacidade para cuidar do bom desenvolvimento do menor e garantir-lhe a merecida afetividade.

Da mesma forma, a lei atual ainda evidencia resquícios de uma moralidade estrita e convencional, quando, por exemplo, identifica um culpado para decretar a separação e impõe prazos para a concessão do divórcio. A partir de tais restrições, a lei revela uma vã tentativa de garantir a manutenção do casamento, como se permanecer

---

<sup>118</sup> Conforme análise de Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco, “é também por exigência ética que o casamento é fundado no princípio da ‘comunhão plena de vida’ (art. 1.511). Não seria admissível que um projeto existencial da dimensão do estabelecido pela união conjugal não fosse eticamente pautado pela comunhão de vida, pelo compartilhamento de sucessos e de infortúnios, de esperanças e de realizações e também de mútuos deveres fundados no afeto, no vínculo existencial que une os partícipes da família.” (*Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 140).

casado, mesmo contra a vontade e sem que haja o afeto a justificar a manutenção do vínculo conjugal, fosse uma forma de se resguardar a moral da família. Neste sentido, segundo Maria Berenice Dias, “preservar intacto o vínculo matrimonial, ainda quando já desfeito o vínculo afetivo, é ir contra a realidade da vida.”<sup>119</sup>

Vê-se, desse modo, que, dependendo das circunstâncias, aquilo que é ético não está de acordo com os valores morais vigentes em um determinado ordenamento jurídico. A ética, nesta medida, é apresentada como um compromisso assumido pelo operador do direito na aplicação dos princípios fundamentais do direito de família, substituindo-se os valores morais isolados e distantes de uma avaliação racional.

Isso nos permite dizer que a ética aliada ao direito de família dá origem ao dever de se respeitar a dignidade dos sujeitos em todos os seus aspectos, o dever de se buscar um ambiente sustentado por vínculos afetivos, o dever de se preservar a confiança e o respeito no grupo familiar, mesmo depois da eventual dissolução do vínculo conjugal ou da união estável e o dever de se garantir o melhor interesse da criança e do adolescente. O cumprimento de tais deveres éticos é capaz de construir um conceito de família acima de qualquer valor moralista, de qualquer tempo e lugar.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> Dias, Maria Berenice. A ética na jurisdição de família. In: Pereira, Tânia da Silva; Pereira, Rodrigo da Cunha (coords.), *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 61. Acompanhando o entendimento da autora, Rodrigo da Cunha Pereira: “E na essência dos valores intrínsecos à dignidade está a concepção ética que é incluir a consideração do desejo e a instalação e questionamento dos valores morais. É neste sentido que se pode desatrelar a culpa do fim da conjugalidade e substituí-la por responsabilidade, já que a culpa paralisa e a responsabilidade constrói. Influenciadas por estas noções e pelo princípio do melhor interesse da criança, é que foi possível compreender que a determinação da guarda de filhos e a convivência familiar não podem estar condicionadas à imputação de culpa. Uma ética que esteja acima da moral nos obriga a entender que o cônjuge *culpado* não quer dizer necessariamente que não seja um bom pai ou uma boa mãe. É a ética que nos conduz a entender que não existe inocente ou culpado pelo fim da conjugalidade e que cada sujeito deve responder pelos seus atos.” (*Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 70).

<sup>120</sup> Com este pensar, Rodrigo da Cunha Pereira: “Dessa forma, a solução mais justa para os conflitos que se apresentam para a justiça da família é aquela que busca o verdadeiro respeito aos elementos fundamentais das relações de família. Optar pela ética em detrimento de juízos morais significa trazer para o campo jurídico o conceito de família como um grupamento cultural e não natural, como se concebia até recentemente. A dignidade da pessoa humana pressupõe um sujeito ético que está acima dos valores morais, muitas vezes estigmatizantes e excludentes do laço social e jurídico” (*Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 89).

Por fim, é certo que os princípios fundamentais e norteadores do direito de família conferem juridicidade a todos esses deveres, o que possibilita a aplicação de sanções e conseqüências jurídicas em razão do descumprimento de normas de cunho ético.<sup>121</sup>

Com efeito, é sob este prisma que se vê, por exemplo, as polêmicas situações de responsabilidade civil em decorrência do descumprimento do dever de afeto, de responsabilidade civil por danos morais oriundos da dissolução do casamento e o reconhecimento da paternidade por socioafetividade.

---

<sup>121</sup> Sobre o tema, Eduardo A. Zannoni (em idioma original): “Por otro lado el comportamiento de lo miembros de la familia está determinado, generalmente, por la espontaneidad social – según se há afirmado – que no obedece a la conciencia de que importan deberes jurídicos sino, más bien, a concepciones éticas o morales – incluso religiosas – dominantes. A su vez, la ley recoge esta realidad para dotarla de juridicidad cuando los requerimientos del contexto social lo hacen necesario.” (*Derecho Civil – Derecho de familia*. Tomo I. 2. ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993, p. 06).

#### **4. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA: UMA VISÃO SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

A adoção pelo Código Civil de 2002, em caráter absoluto, de preceitos éticos, conduziu ao reconhecimento do princípio da boa-fé objetiva como um dos elementos estruturais das relações jurídicas estabelecidas entre particulares. Assim sendo, a boa-fé objetiva constitui uma regra de conduta a ser observada pelas partes como um princípio jurídico, produtor de efeitos estabelecidos pelo sistema.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, inciso I, quando estabelece que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, traça as coordenadas para a definição do princípio da boa-fé objetiva e de outros princípios a ele atrelados e conexos, como o da socialidade, da afetividade e da igualdade.

Em verdade, verifica-se no sistema jurídico atual uma maior intervenção do Estado nas relações privadas, justificada, sobretudo, por princípios jurídicos de conteúdo ético e social e tendo por único objetivo a preservação da dignidade humana.

Assim sendo, no corpo do Código Civil de 2002, alguns dispositivos expressamente exigem uma conduta ética por parte dos sujeitos que integram a relação jurídica: a) o artigo 113, que estabelece que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração”; b) o artigo 164, o qual diz que “presume-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família”; c) o artigo 422, que determina a obrigação dos contratantes de “guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de

probidade e boa-fé”; d) o artigo 765, que prevê que “o segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.”<sup>122</sup>

A rigor, percebe-se que as diretrizes adotadas pelo Código Civil de 2002 acompanham a ideologia trazida pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que consagra o princípio da veracidade como sustentáculo da existência, validade e eficácia das relações de consumo. Exige, ainda, que o fornecedor o adote nas situações em que presta informações, de qualquer natureza, sobre produtos e serviços oferecidos.

Partindo das noções de veracidade e boa-fé, podemos citar, por exemplo, os artigos 4º, III, e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, que tratam, respectivamente, da “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” e da nulidade de pleno direito de cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.”<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> No Código Civil de 1916, a boa-fé objetiva não recebeu tratamento legislativo de cláusula geral a ser aplicada em todas as espécies contratuais, restringindo a sua previsão para os contratos de seguro (art. 1.443 do Código Civil de 1916). Não obstante a omissão do legislador civil, no Código Comercial de 1850, em seu art. 131, inciso I (revogado pelo atual Código Civil), a boa-fé objetiva foi enquadrada como base para a interpretação dos negócios jurídicos: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras (...).”

<sup>123</sup> Afirmam, com razão, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “A boa-fé objetiva é, em sua versão original germânica, uma cláusula geral que, assumindo feições, impõe às partes o dever de colaborarem mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato. E foi neste sentido que o Código de Defesa do Consumidor a incorporou. Ocorre, contudo, que, por conta da finalidade declaradamente protetiva do código consumerista, também a noção de boa-fé objetiva acabou, na prática

O que resta claro, conforme a precisa observação de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, é que a referência dessas normas não é a uma boa-fé subjetiva sob o enfoque de um estado de consciência do fornecedor ou do consumidor, mas, sim, a uma nova concepção de boa-fé que, desvinculada das intenções íntimas do sujeito, vem exigir comportamentos objetivamente adequados aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração, no alcance dos fins perseguidos em cada relação obrigacional.<sup>124</sup>

Dessa forma, a função do princípio da veracidade, inspirado em regras da ética, é não conduzir a parte contrária ao engano. Ele decorre da boa-fé e evita práticas abusivas, simuladas e enganosas no trato dos negócios jurídicos.<sup>125</sup>

Cumpre-nos, em conseqüência, uma análise mais aprofundada do conceito e das perspectivas da boa-fé objetiva no direito civil de um modo geral, para que, posteriormente, possamos estender a sua aplicabilidade para as relações jurídicas de caráter familiar.

#### **4.1 A boa-fé objetiva e sua análise conceitual no âmbito do direito civil**

Antes de tudo, importa fazermos uma breve diferenciação entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva. Segundo Judith Martins-Costa, a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma “condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio.” Por outro lado, diz-

---

jurisprudencial, sendo empregada como instrumento de proteção ao consumidor, embora ontologicamente não se trate de um preceito protetivo, mas de uma sujeição de ambas as partes, e em igual medida, aos padrões objetivos de lealdade e colaboração para fins contratuais.” (A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: Farias, Cristiano Chaves de (org.), *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Edições PODIVM, p. 212).

<sup>124</sup> *Idem*, p. 211.

<sup>125</sup> Delgado, José Augusto. A ética e a boa-fé no novo Código Civil. In: Delgado, Mário Luiz; Alves, Jones Figueiredo (coords.), *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004, p. 185.

se que a boa-fé objetiva deve ser entendida como “regra de conduta fundada na honestidade, na retidão e na lealdade.”<sup>126</sup>

Por isso, podemos concluir que a boa-fé subjetiva tem por pressuposto uma concepção individual de ignorância acerca da ilicitude do ato praticado. Em outras palavras, o sujeito ignora o caráter ilícito do seu ato, o que faz com que a boa-fé subjetiva esteja vinculada à noção de erro, falsa percepção da realidade ou noção inexata sobre fatos e pessoas pertencentes a uma determinada relação jurídica. Exemplo típico de boa-fé subjetiva é a do art. 1.201 do Código Civil de 2002: “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.”<sup>127</sup>

Logo, a boa-fé subjetiva não é um princípio, e sim um estado psíquico, em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito que em verdade só existe na aparência. O indivíduo encontra-se em escusável situação de ignorância sobre a realidade dos fatos e da lesão a direito alheio.<sup>128</sup>

Por sua vez, a boa-fé objetiva se caracteriza por ser uma regra de conduta externa, um dever das partes em se pautar pela honestidade, lealdade e cooperação em suas relações jurídicas.

Nascida no direito romano, a boa-fé, etimologicamente, deriva da *fides* latina, cujo significado é honestidade, confiança, lealdade, sinceridade e fidelidade.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> Martins-Costa, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 412.

<sup>127</sup> Desde 1900, quando entrou em vigor o Código Civil alemão (BGB), se reconheceu a separação de boa-fé em subjetiva (*Guter Glauben*) e objetiva (*Treu und Glauben*). (Balbino, Renata Domingues Barbosa. O princípio da boa-fé objetiva no novo Código Civil. In: *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXII, n. 68, p. 112, dez./02).

<sup>128</sup> Rosenvald, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 79.

<sup>129</sup> Martins, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 07. Além disso, Cláudia Lima Marques, baseada em doutrinadores europeus, nos relata que “*fides* significa o hábito de firmeza e de coerência de quem sabe honrar os compromissos assumidos, significa, mais além do compromisso expresso, a ‘fidelidade’ e coerência no cumprimento da expectativa alheia independentemente da palavra que haja sido dada, ou do acordo que tenha sido concluído; representando, sob este aspecto, a atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações entre homens honrados, no respeitoso cumprimento das

Ao dissertar sobre as diversas teorias e aplicações da *fides* no direito romano, António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro afirma que o referido instituto possuía conotações de aparências diferentes: nas relações internas, próprias da cidade e dos seus habitantes, e nas relações externas, da cidade com outros povos. Assim, no plano interno, a *fides* era vista sob o prisma do poder e da promessa. A *clientela* (que em Roma era uma espécie de estratificação social, não composta por escravos, nem por cidadãos patrícios livres) encontrava-se sob a proteção do *pater familias* e lhe devia respeito e abnegação em troca de terras para a produção e de assistência em diversas áreas.<sup>130</sup>

Como instituição social, a clientela vivia dominada pela *fides*, traduzindo, de um lado, a posição jurídica do patrão, caracterizada por poderes de direção (*fides*-poder) e, de outro, a *fides* como ato de promessa, realizada pelo patrão, no sentido de conferir a determinadas pessoas a situação de *cliens* ou de lhes conceder a alforria, o que desemboca na adstrição à palavra dada (*fides*-promessa). De outra parte, nas relações externas, a *fides* assumia o carácter de submissão ao império no período de expansão romana, de forma que eram realizados acordos bilaterais com os povos vencidos, nos quais Roma renunciava o uso da força militar em troca da sujeição de tais povos ao seu poder.<sup>131</sup>

Ademais, no sistema romano, a boa-fé se caracterizava como um sistema de ações, e não de direitos, sobretudo no período clássico, em que surgem os *iudicia bonae*

---

expectativas reciprocamente confiadas.” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 181).

<sup>130</sup> De Plácido e Silva conceitua o *cliente* na acepção romana: “Na técnica jurídica, *cliente*, do latim *cliens*, é aplicado na mesma acepção em que o tinham os romanos: designava o *cidadão* que se punha sob a proteção de um *patrício romano*, a fim de que o mesmo zelasse pelos seus interesses. Recebia este, então, o título de *patrono*. Assim, propriamente, distingue a pessoa que entrega o *patrocínio* de sua causa ou a defesa de seus direitos, a um advogado, a fim de que este a defenda, apoiando-a nos princípios legais, em que se fundam. *Cliente*. Por extensão, no entanto, na linguagem comercial, quer dizer toda *pessoa* que é *freguesa* do estabelecimento comercial, dele se serve ou nele compra. Mas não se aplica ao que compra ou ao que se serve eventualmente, pois é tido para distinguir o freguês. E este somente assim se entende quando é *habitual* em *favorecer* o estabelecimento com as suas compras ou pela *utilização* contínua de seus serviços.” (*Vocabulário jurídico*. Atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 299).

<sup>131</sup> Menezes Cordeiro, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 59 – 67.

*fidei*, como procedimentos perante o juiz, nos quais se sentenciava com arrimo na boa-fé dos negócios jurídicos, em hipóteses em que não havia texto expresso em lei, conferindo-se ao magistrado um especial mandato para decidir o caso de acordo com as circunstâncias concretas.<sup>132</sup>

A *bona fides* no direito romano das obrigações tinha a função de impor aos contratantes uma atuação sem dolo e segundo o critério de relações leais, exigindo comportamento honesto positivo e garantindo ao magistrado maior liberdade de apreciação dos conflitos decorrentes das relações negociais.

Já no direito pós-clássico, a boa-fé se transforma em cláusula geral de direito material que domina todo o sistema contratual. Nesta perspectiva, o *jus civile*, restrito aos cidadãos romanos, introduziu disciplina obrigacional formalmente rígida, típica de uma sociedade fechada.

Porém, a necessidade de comércio com outros povos propiciou o incremento do *jus gentium*, aplicável igualmente a romanos e estrangeiros. O *jus gentium*, baseado em usos e costumes comerciais, foi um campo propício ao incremento da boa-fé, pois nas relações informais era fundamental a lealdade à palavra empenhada.<sup>133</sup>

No período do Direito Canônico, a boa-fé, incorporada a valores éticos e religiosos, recebeu a conotação de respeito à palavra dada, o que representava a concretização da lei divina. Assim, o indivíduo que honrasse com o ajuste realizado, cumpria não apenas o negócio, mas também obedecia aos mandamentos obrigatórios de Deus.<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> Rosenthal, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 75.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>134</sup> Conforme as palavras de Judith Martins-Costa, no que concerne ao direito canônico, “agir em boa-fé, no âmbito obrigacional, significa, pois, respeitar fielmente o pactuado, cumprir punctualmente a palavra dada, sob pena de agir de má-fé, *rectius*, em pecado.” (*A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 130).

A partir da perspectiva canônica, conceitos como a propriedade ou o contrato obrigam não apenas por terem as devidas sanções profanas, mas, sobretudo, por se situarem numa escala que traduz a concretização da Lei de Deus. Trata-se, em certa medida, de uma boa-fé sustentada por valores transcendentais.<sup>135</sup>

Além disso, na cultura germânica, a idéia da *fides* romana de “fidelidade ao pactuado” é substituída pelas idéias de lealdade (*Treu* ou *Treue*) e crença/confiança (*Glauben* ou *Glaube*). Assim sendo, o direito germânico medieval atribuiu à boa-fé, além do conteúdo de cumprimento exato dos deveres assumidos, a conotação de respeito e lealdade em relação às expectativas e direitos da outra parte. A boa-fé, neste aspecto, deixa de ser vista sob o ponto de vista estritamente individual, alcançando a seara da confiança, da lealdade, do respeito e da responsabilidade em relação à outra parte.

A evolução da boa-fé germânica deu ensejo a um instituto tipicamente medieval: o juramento de honra, traduzido no dever de garantir a manutenção e o cumprimento da palavra dada. Nessa cadência, as palavras de Menezes Cordeiro:

*“Nesta linha evolutiva, a boa fé germânica traduziria, ainda, a confiança ou crédito cristalizados em certa pessoa, evoluindo, depois, para a segurança geral, inspirada nessa confiança, estabelecida a nível de comunidade jurídica e, por osmose, para a regra de comportamento social, necessário ao estabelecimento dessa confiança. No comércio, em especial, revestiria o conteúdo do cumprimento exacto dos deveres assumidos.”*<sup>136</sup>

Vê-se, pois, que a boa-fé germânica está difundida nos seguintes fatores essenciais: em primeiro lugar, na obrigação de cumprir exatamente os deveres assumidos e,

---

<sup>135</sup> Menezes Cordeiro, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 159.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 173.

em segundo lugar, na obrigação de se preservar os interesses e direitos da outra parte, o que gera a necessidade de respeito ao atributo da confiança. Desta feita, a boa-fé germânica teve como pressuposto e origem a *bona fides* romana.

Todos esses dados evolutivos do conceito de boa-fé objetiva são fundamentais para a exata compreensão do seu significado atual, muito embora a noção que temos hoje deste instituto jurídico seja diretamente influenciada pela interpretação doutrinária e jurisprudencial do § 242 do Código Civil alemão de 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch*, que recebe a sigla BGB).<sup>137</sup>

Vale dizer que o Código Civil germânico, publicado em 1896 e em vigência desde 01.01.1900, constituiu o início de uma nova concepção da boa-fé, entendida objetivamente, sendo o § 242 uma cláusula geral capaz de conferir flexibilidade ao sistema fechado em que se insere. Assim, o referido dispositivo legal estabelece que: “*O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico.*”<sup>138</sup>

Não obstante as inovações trazidas pelo BGB alemão, é importante trazer à baila a opinião de Clóvis do Couto e Silva:

*“Nas codificações européias do início do século, sobressai pela sua importância o Código Civil germânico. Este Código Civil tem a característica de conter o § 242, que, mais tarde, deveria constituir o elemento fundamental para uma compreensão absolutamente nova da relação obrigacional. Não se pense, contudo, ser o aludido § 242, no*

---

<sup>137</sup> Desde 1900, quando entrou em vigor o BGB, os alemães conhecem a separação de boa-fé em subjetiva (*Guter Glaube*) e objetiva (*Treu und Glaube*).

<sup>138</sup> Balbino, Renata Domingues Barbosa. O princípio da boa-fé objetiva no novo Código Civil. In: *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXII, n. 68, p. 113, dez./02. No tocante ao Código Civil alemão, Menezes Cordeiro comenta: “O sentido inicial da boa fé no BGB orbita em torno destes dois centros: a boa-fé subjetiva constitui um expediente técnico para exprimir em situações complexas, elementos atinentes ao sujeito; a objectiva traduz o reforço material do contrato.” (*Da boa-fé no direito civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 330).

*pensamento dos autores do Código Civil alemão, algum dispositivo específico, conferindo ao juiz poderes extraordinários de criação jurídica, ao ponto de transformar a sua figura no símile moderno do pretor romano. Nada mais inexato: o § 242 não significava outra coisa senão mero reforço ao § 157, no qual se determinava a regra tradicional de interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa fé. Não se pensou, de nenhum modo, em atribuir ao juiz a função fundamental de criar o direito, por meio da aplicação, muito embora expressasse a regra de que: ‘o devedor é obrigado a realizar a prestação do modo como o exige a boa-fé levando em conta os usos de tráfico’. Não era um dispositivo posto dentro do ordenamento com a finalidade de legitimar a criação jurisprudencial, sobretudo para reduzir os rigores da aplicação do direito estrito.”<sup>139</sup>*

O Código Civil português, de 1966, influenciado pela cultura jurídica germânica, também fez incidir o princípio da boa-fé objetiva no direito obrigacional nos artigos 227, inciso I, 239, 437 e especificamente, no artigo 762, 2ª alínea, que dispõe: “*No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé.*” Ainda, o Código Civil italiano, de 1942, estabelece, no artigo 1.375, que o contrato deve ser executado segundo a boa-fé.<sup>140</sup>

No Código Civil francês (Código de Napoleão de 1804), a cultura jusracionalista da época e a prevalência da autonomia da vontade como eixo central fizeram com que a boa-fé tivesse o seu conteúdo enfraquecido. Sob o efeito do

<sup>139</sup> Couto e Silva, Clóvis do. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: *Estudos de direito civil brasileiro e português – I Jornada luso-brasileira de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 46.

<sup>140</sup> Art. 1.375 do Código Civil Italiano: “Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (1337,1358,1366, 1460).” Sobre a boa-fé no Código no Código Civil italiano, escreve Humberto Theodoro Júnior: “Também para o Código Civil italiano, ‘le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo buona fede (art. 1.337)’, dever que se terá de observar, também, na interpretação do contrato (art. 1.366) assim como na sua execução (art. 1.375). Reconhece-se, outrossim, que a boa-fé no direito italiano serve para a interpretação de declaração de vontade, mas se presta principalmente para desempenhar uma função integrativa, para completar com base em fundamento ético-sociais, a disciplina obrigacional formulada pela vontade dos contratantes.” (*O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 16).

individualismo burguês, o Código de Napoleão deu ao direito privado a estrutura de um mecanismo concreto para a garantia da circulação de bens, sem demonstrar qualquer preocupação com o conteúdo e equilíbrio das relações jurídicas.

Para tanto, a boa-fé no *Code* francês veio para reforçar a obrigatoriedade da convenção, na medida em que o que se buscou priorizar foi a vontade livre manifestada. Neste enfoque, a boa-fé é observada a partir do momento em que se cumpre a vontade livremente declarada. É, por assim dizer, a supremacia da vontade individual, a qual atingirá os ditames da boa-fé se for irrestritamente seguida e observada.

Neste cenário, a boa-fé do Código Civil francês recebeu um critério de subjetividade, relacionado, de um lado, ao fato do sujeito ignorar uma determinada circunstância e, de outro, ao fato de não atuar com dolo ou de forma fraudulenta. Assinala, neste aspecto, Judith Martins-Costa:

*“O Code e os seus comentadores, então, continuam a trilhar, em matéria de boa-fé, a distinção entre a sua atuação em matéria possessória e no campo obrigacional, ambos, porém, presos a um critério subjetivo, interno ao agente, contraposto ao dolo, a mentira e à má-fé, vale dizer, a boa-fé enquanto ‘ignorância escusável’.”*<sup>141</sup>

De fato, no auge do liberalismo econômico do século XIX, os juristas fundamentaram as mais diversas instituições com base na vontade, de forma que pouco

---

<sup>141</sup> Martins-Costa, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 205. É importante, outrossim, ressaltar as críticas feitas por Menezes Cordeiro à boa-fé prevista no Código de Napoleão: “Conclua-se pelo fracasso da boa-fé no espaço juscultural francês. Prevista no Código Napoleão com a coloração jusracionalista que, na altura, se lhe impunha, ela foi incapaz de evoluir à medida que se lhe quebraram as amarras de origem. Imagem do bloqueio geral derivado de uma codificação fascinante e produto das limitações advenientes de um positivismo ingênuo e exegético, a boa-fé napoleônica veio a limitar-se à sua tímida aplicação possessória e, para mais, em termos de não levantar ondas dogmáticas. Esse fracasso, patente no panorama dos comentários e obras gerais e claro na falta de resultados obtidos pelas monografias que, em França, se debruçaram sobre a boa-fé, acentua-se pela sua não aplicação jurisprudencial e pelo desaparecimento, no segundo pós-guerra, de estudos a ela votados.” (*Da boa-fé no direito civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 267).

espaço foi deixado para a aplicação do princípio da boa-fé fora do direito das coisas, ocorrendo uma aplicação destinada à posse, à usucapião e à aquisição dos frutos.<sup>142</sup>

O Direito, assim, constituiu-se em um sistema fechado, consubstanciado em um principal corpo de leis – o código – e dotado de normas enunciadas com a finalidade de serem interpretadas de forma meramente subsuntiva: a ocorrência da hipótese abstratamente fixada deveria redundar na aplicação de uma dada solução predeterminada. Com isso, denota-se a pouca flexibilidade conferida ao sistema jurídico, fazendo-se necessária a pura e irrestrita aplicação da lei ao caso concreto. Tais perspectivas fizeram, neste período, com que os princípios jurídicos possuíssem uma importância limitada, supletiva e absolutamente vinculada às referências internas do sistema.<sup>143</sup>

Nos países da *common law*, a boa-fé se faz presente, levando-se em conta a sua grande eficácia e influência na resolução dos conflitos. Em razão do sistema jurídico adotado pelos países da *common law*, em que a jurisprudência é a principal fonte para as decisões proferidas, é possível a extração de certos princípios e cláusulas gerais dos julgados proferidos, a serem utilizados nos casos futuros. Não há, destarte, uma norma jurídica rígida, estabelecendo um determinado padrão de conduta, mas, sim, certos parâmetros anteriormente definidos por regras de precedentes jurisprudenciais.<sup>144</sup>

Urge atentar que, por ser o sistema da *common law* baseado, primeiramente, em decisões judiciais (*cases*) e não em leis, assim como ocorre nos países que adotam o

---

<sup>142</sup> Couto e Silva, Clóvis do. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: *Estudos de direito civil brasileiro e português – I Jornada luso-brasileira de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 46.

<sup>143</sup> Silva, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 38.

<sup>144</sup> Sobre a *common law*, Vicente Ráo afirma: “Sua prova resulta da jurisprudência, pois, ao julgarem os casos concretos, os juízes declaram o direito comum, que lhes é aplicável. Os julgados assim proferidos, registrados nos arquivos das Cortes e publicados em coletâneas (*reports*), adquirem a força obrigatória de *regras de precedentes (rules os precedents)*, para regerem os casos futuros; ademais, juízes e juristas deles extraem princípios e regras, que, subseqüentemente, ampliam os limites da *common law* e, assim generalizados, propiciam a sua evolução.” (*O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 131).

*civil law*, dos quais podemos citar o Brasil, há uma forte tendência em se estabelecer determinadas cláusulas gerais como a boa-fé, representativas de um modelo de conduta social ou de um padrão referencial de comportamento considerado adequado. Trata-se, em certa medida, de um dever de comportamento leal retirado de valores éticos, que foi utilizado em julgamentos pretéritos e que norteia o julgador ao proferir sua decisão.

Desta maneira, a utilização da cláusula geral de boa-fé no Direito Brasileiro incorporou um método de raciocínio próprio da *common law*, pois a utilização da referida cláusula foge do parâmetro das normas tipificadoras de condutas e exige do juiz a fixação da norma de comportamento adequada para aquele caso. Na cláusula geral de boa-fé há uma delegação, atribuindo ao juiz a tarefa de elaborar um juízo valorativo dos interesses em jogo, cujo conteúdo somente pode ser determinado no caso concreto. Note-se que a cláusula geral, assim como a boa-fé, contém implícita uma regra de direito judicial, dirigida à atuação do juiz, que lhe impõe, ao examinar o caso, primeiramente fixar a norma de acordo com a realidade do fato e estabelecer o princípio a que a cláusula geral adere, para somente num segundo momento confrontar a conduta efetivamente realizada com aquela que as circunstâncias recomendavam.<sup>145</sup>

Não se trata, pois, de simplesmente realizar a subsunção comum da lei ao caso concreto, atividade própria de um sistema fechado, mas sim de formular, com base na boa-fé, uma norma de comportamento adequada para a solução daquele caso específico.<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> Aguiar Júnior, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995. No mesmo sentido, Clóvis do Couto e Silva: “Com a edição de conceitos abertos como o da boa-fé, a ordem jurídica atribui ao juiz a tarefa de adequar a aplicação judicial às modificações sociais, uma vez que os limites dos fatos previstos pelas aludidas cláusulas gerais são fugidios, móveis; de nenhum modo fixos.” (O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: *Estudos de direito civil brasileiro e português* – I Jornada luso-brasileira de direito civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 50).

<sup>146</sup> Salienta Clóvis do Couto e Silva que “o princípio da boa-fé endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do Direito postulado pela outra parte. A principal função é a individualizadora, em que o juiz exerce atividade similar à do pretor romano, criando o Direito do caso.” (O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: *Estudos de*

Feita esta breve análise evolutiva, merece destaque o conceito de boa-fé objetiva trazido, com proficiência, por Judith Martins-Costa:

*“Já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil Alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da common law – modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo. (...) ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional. (...) A boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal.”<sup>147</sup>*

Válidos, outrossim, os ensinamentos de Menezes Cordeiro:

*“A actuação de boa fé concretiza-se através de deveres de informação e de lealdade, de base legal, que podem surgir em situações*

---

*direito civil brasileiro e português – I Jornada luso-brasileira de direito civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 53).*

<sup>147</sup> Martins-Costa, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 411- 413.

*diferenciadas, onde as pessoas se relacionem de modo específico (...). A informação e a lealdade, por si, pouco dizem. Convertidas em objecto de deveres, elas deixam por esclarecer os seus teor e extensão e designadamente: o que visa a informação e com que diligência deve ser exercida e a que obedece a lealdade e quais os seus objectivos. Vai-se avançar nesta linha.”<sup>148</sup>*

Consoante a isso, diz Cláudia Lima Marques que a boa-fé objetiva:

*“(...) significa, portanto, uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.”<sup>149</sup>*

Diante de tais considerações, o que se observa é uma tendência à adoção de normas *standard*, ou seja, padrões objetivos e genéricos de conduta, que permitem, num sistema aberto, a comunicação com os demais princípios jurídicos e a submissão aos ditames constitucionais. A boa-fé objetiva não deve ser identificada na atuação específica de uma determinada pessoa, mas, sim, em um patamar geral de atuação baseado no homem médio, diligente, equilibrado e bom pai de família.

Assim sendo, a boa-fé objetiva é um princípio que identifica um padrão de comportamento esperado das partes e exige que elas se portem, na relação jurídica, de forma leal, harmônica, equilibrada e sem que haja qualquer abuso do exercício de

---

<sup>148</sup> Menezes Cordeiro, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 648.

<sup>149</sup> Marques, Cláudia Lima. *Contrato no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 181.

faculdades jurídicas. Daí dizermos que a boa-fé, no sistema jurídico atual, funciona como paradigma e modelo de conduta a ser perseguido e cobrado.

Esta visão alia-se à idéia de lealdade, confiança e coerência no cumprimento das expectativas alheias despertadas nas relações jurídicas de origem patrimonial e existencial.

Portanto, no âmbito da boa-fé objetiva, a expectativa do desempenho de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indissociável da vida das relações. Isto significa que as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência *in contrahendo*), e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre elas. O dever de comportar-se segundo a boa-fé se projeta nas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas, de forma que, ao final, pode-se dizer que os direitos devem exercitar-se de boa-fé e as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé.<sup>150</sup>

Vale lembrar, ainda, que o princípio da boa-fé objetiva, além de fazer surgir uma gama de direitos e deveres entre os participantes das diversas relações jurídicas, é apto a limitar o exercício da autonomia privada. Muito embora a boa-fé objetiva, incorporada num primeiro momento ao Código de Defesa do Consumidor, tenha sido utilizada pela jurisprudência brasileira, quase que exclusivamente como mecanismo de restabelecimento de equilíbrio de relações não-paritárias, deve-se, hoje, estender a sua aplicação para todas as espécies de relações jurídicas, inclusive para aquelas em que as partes se encontram em igualdade de posições jurídicas, econômicas e individuais.

Desta feita, com a restrição ao exercício dos direitos decorrentes da relação jurídica formada, o princípio da boa-fé objetiva atua como cláusula geral de lealdade e de garantia à confiança recíproca estabelecida entre as partes. Partindo de tal raciocínio,

---

<sup>150</sup> Aguiar Júnior, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, p. 20 – 27, abr./jun. 1995.

podemos dizer, por exemplo, que a boa-fé objetiva deve pautar tanto a relação paterno-filial, em que, de fato, existe uma vulnerabilidade do menor, quanto a relação paritária existente entre cônjuges e conviventes.

Contribui para este entendimento o fato do Código Civil de 2002 ter previsto expressamente a aplicação do princípio da boa-fé objetiva às relações contratuais comuns, independentemente de qualquer situação de desigualdade existente entre as partes: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

De outra parte, a objetividade sustentada pelo princípio jurídico da boa-fé faz com que, ao aplicá-lo, o magistrado não adote um “sentimento jurídico” segundo um “critério de equidade”. Ou seja, não se trata de um princípio que tem por objetivo conferir ao aplicador da norma a possibilidade de abrandar o seu rigor, ou modificar a sua aplicação em busca do ideal de justiça, mas, sim, que tem por escopo, objetivamente, a definição de um arquétipo ou modelo de conduta.

Ademais, deve-se apartar a boa-fé da noção de bons costumes. Comparativamente aos bons costumes, os requisitos da boa-fé são mais rígidos, pressupondo uma especial confiança entre as pessoas que intervêm na relação jurídica concreta. Já os bons costumes remetem a algo exterior ao direito, uma vez que, ao contrário da boa-fé, não prescreve comportamentos, mas proscreeve condutas ofensivas à moral média.<sup>151</sup>

É certo, ainda, que a boa-fé objetiva possui dois sentidos diferentes: um sentido negativo e um positivo. O primeiro diz respeito à obrigação de lealdade, isto é, de impedir a ocorrência de comportamentos desleais; o segundo diz respeito à obrigação de

---

<sup>151</sup> Rosenthal, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 82.

cooperação entre os contratantes, para que seja cumprido aquilo que foi pactuado, com todas as informações necessárias ao seu bom desempenho e conhecimento.<sup>152</sup>

Por tudo isso, a boa-fé objetiva é uma fonte autônoma e independente de direitos e obrigações. Neste sentido, a relação jurídica é permeada de diversos compromissos implicitamente assumidos em decorrência da obrigatoriedade de observância da boa-fé objetiva.

É certo também que a boa-fé objetiva vale por si só, independentemente de qualquer convenção ou determinação expressa, sendo suficiente, também, para criar deveres anexos ou secundários a serem cumpridos pelos sujeitos de direito. Dizemos, pois, que a boa-fé objetiva possui um valor autônomo em relação à manifestação da vontade, ao mesmo tempo que é capaz de restringi-la e exercer a função de controle do exercício de posições jurídicas.

Realizada a conceituação técnica da boa-fé objetiva, vislumbra-se, em muitas situações, uma má utilização da referida expressão na prática jurídica. Neste aspecto, a boa-fé objetiva é empregada em uma conotação puramente ética, ou, ainda, como sinônimo de equidade, distanciando-se, em certa medida, do seu verdadeiro significado científico. A amplitude e a generalidade características de uma cláusula geral e de um princípio jurídico fazem com que a boa-fé objetiva sirva de fundamento para toda e quaisquer decisão relacionada ao inadimplemento, ao abuso de direito, à responsabilidade civil, dentre outras hipóteses.

Assim, não raro notarmos a boa-fé objetiva esvaziada em seu conteúdo e tendo o seu significado banalizado. Há entendimento jurisprudencial que adota a expressão como mera forma de justificação para uma tendência protecionista da legislação, sem que haja qualquer preocupação com a dogmática jurídica. Em outras palavras, justifica-se a

---

<sup>152</sup> Balbino, Renata Domingues Barbosa. O princípio da boa-fé objetiva no novo Código Civil. In: *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXII, n. 68, p. 114, dez./02.

vedação a qualquer espécie de abuso ou inadimplemento por meio da boa-fé objetiva, fazendo com que o termo seja empregado sem qualquer preocupação científica ou metodológica.

Nessa linha, ao comentar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Anderson Schreiber observa que “a alusão à boa-fé objetiva vem se tornando ‘cláusula de estilo’ na fundamentação judicial, empregada, muitas vezes, como sinônimo de equidade, de moralidade, ou como uma espécie de conceito-síntese de todo o ordenamento jurídico.”<sup>153</sup>

Pode-se dizer, em suma, que em sentido objetivo a boa-fé é um princípio jurídico consubstanciado no dever das partes de uma relação jurídica em comportar-se com retidão, honradez, lealdade e preservando a confiança e expectativas criadas. Trata-se, concretamente, de uma atuação refletida, respeitando os interesses legítimos e expectativas razoáveis dos demais membros da relação jurídica. Portanto, a boa-fé age de forma a limitar a vontade individual e controlar o exercício de posições jurídicas, combatendo a lesão, a desvantagem exagerada e o abuso de direito.

Como adiante se mostrará, a boa-fé objetiva é um princípio jurídico que encontra várias aplicações e funções dentro dos diversos ramos do direito, inclusive no que concerne ao direito de família, objeto deste trabalho. O dever de agir segundo a boa-fé objetiva é a base imprescindível das relações humanas, desde a sua formação, na fase pré-negocial de tratativas e ajustes, até a fase final, após a execução ou ao término de sua eficácia.

---

<sup>153</sup> Anderson Schreiber comenta a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, proferida na Apelação Cível 2001.001.26377, em 12.06.2002: “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 à venda as unidades a serem construídas, deixa atrasar a obra, não cumprindo a obrigação de fazer a que se obrigara.” Assim, nas palavras do autor, “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 diante de inadimplemento obrigacional, que, por si só, enseja a responsabilização.” (O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 442).

#### 4.2 A boa-fé objetiva como princípio jurídico

O vocábulo princípio, do latim *principium*, significa, numa acepção vulgar, início, começo, origem de algo. Ultrapassando-se a análise etimológica da palavra, no prisma científico, os princípios figuram como pressupostos basilares e fundamentais de uma determinada área do conhecimento, representando, portanto, condições de validade para as demais asserções que integram um dado campo do saber.

O princípio jurídico, como ressaltado anteriormente neste trabalho, é inspirado em valores e possui conteúdo normativo próprio, conferindo a devida conexão e uniformidade à legislação e muitas vezes integrando expressamente o próprio ordenamento jurídico por meio de regras definidoras de deveres de conduta. É, pois, o que ocorre com o princípio da boa-fé objetiva, expressamente previsto no ordenamento jurídico, portador de um conteúdo valorativo e com essência normativa capaz de criar obrigações comportamentais.

Um princípio jurídico possui um grau de abstração e universalidade de conteúdo que o distingue de uma simples regra. Assim, a despeito de conter uma regra, o princípio jurídico é mais amplo, possuindo três dimensões diferentes: a axiológica, como postulados ou axiomas éticos que devem inspirar toda a ordem jurídica; a ontológica, como essência a que se remete a ordem jurídica como fonte de direito; e a metodológica, como critério orientador para aplicação das normas jurídicas.<sup>154</sup>

Ao realizar a distinção entre as regras e os princípios, Canotilho sugere os critérios a seguir:

---

<sup>154</sup> Martins, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 10.

*“a) O grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, julgador ou administrador), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta; c) Caráter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito); d) Proximidade da idéia de direito: os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na idéia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal; e) Natureza normogénética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.”<sup>155</sup>*

Com isso, é de se ponderar que os princípios jurídicos exprimem um sentido de maior relevância que o próprio dispositivo ou regra jurídica. Com efeito, o princípio é a razão de ser do sistema jurídico, seu alicerce, seu ponto de partida, constituindo-se elemento fundamental para a sustentação, interpretação e aplicação das demais regras positivadas. Na qualidade de diretriz do sistema jurídico como um todo, o princípio não diz respeito a uma situação específica ou particular, de modo que seus efeitos se irradiam pelos diversos setores da ordem jurídica. Portanto, a violação de um princípio jurídico é considerada mais grave que a violação de uma regra específica e isolada, tendo em vista a

---

<sup>155</sup> Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 172.

ocorrência de uma transgressão ao sistema no seu conjunto e não apenas a um único mandamento.

No que concerne às funções desempenhadas pelos princípios, podemos destacar: a) *função integradora* (é um instrumento técnico utilizado para preencher lacunas do ordenamento); b) *função interpretativa* (ajuda o intérprete a orientar-se na interpretação correta, buscando o melhor significado da norma e adequando o caso aos valores fundamentais); c) *função delimitadora* (põe um limite à atuação da competência legislativa, judicial e negocial); d) *função fundante* (contém valores que fundamentam o ordenamento jurídico).<sup>156</sup>

Diante deste cenário, o princípio da boa-fé objetiva, que no século XX ganhou atribuição normativa própria, serve, atualmente, de fundamento para diversos trabalhos doutrinários e decisões judiciais. A incorporação da boa-fé como princípio jurídico conduz à tutela jurídica da confiança e à preservação da lealdade.

Saliente-se, aliás, que diante do caráter normativo do princípio da boa-fé, todos os deveres anexos dele decorrentes possuem como fonte a incidência do próprio princípio. Significa dizer, como já observado, que a boa-fé objetiva é fonte autônoma e primária de deveres, atuando independentemente de qualquer manifestação de vontade.<sup>157</sup>

Além disso, a aplicação do princípio jurídico da boa-fé objetiva enseja a adequação dos valores éticos que o compõem às diferenças relacionadas, por exemplo, à época, lugar, cultura e religião. Desta maneira, não obstante ser o princípio jurídico da boa-

---

<sup>156</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 318.

<sup>157</sup> Veja-se, neste sentido, a conclusão de Jorge Cesa Ferreira da Silva: “Dado o caráter *normativo* do princípio da boa-fé, todos esses efeitos não advêm de outras fontes que não a própria incidência do princípio. Disto se retiram dois resultados concretos, complementares e absolutamente importantes para a atual dogmática obrigacional. O primeiro é o inelutável nascimento de deveres verdadeiramente obrigacionais que não possuem suas fontes na vontade. Os deveres decorrentes da boa-fé podem, assim, não ser declarados pelas partes, não ser por elas queridos ou ser por elas totalmente desprezados. Não obstante, participarão do conteúdo toda normatividade legal (em sentido estrito) não declarada ou querida pelas partes.” (*A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 54).

fé dotado de um caráter de abstração e universalidade, na sua aplicação se faz necessária a construção de parâmetros concretos para a determinação do seu conteúdo. Para tanto, vislumbra-se a importância da prática jurídica na determinação da amplitude e da real direção dos princípios jurídicos. A propósito, como afirma Flávio Alves Martins, “o direito cada vez é menos um sistema que sai pronto e acabado das mãos do legislador para cada vez mais aparecer como algo a fazer em concreto, na prática dos tribunais e na prática da vida jurídica não contenciosa (fenômeno da concretude).”<sup>158</sup>

De todo o modo, os princípios jurídicos muitas vezes encontram-se incorporados em cláusulas gerais expressas no ordenamento jurídico, o que lhes garante uma maior objetividade e delimitação. O juiz, ao identificar um contexto fático que enseja a aplicação da cláusula geral, irá, para alcançar a solução que lhe pareça mais correta, concretizar determinados princípios gerais do direito, moldados por valores sociais determinantes.<sup>159</sup>

É certo que a cláusula geral, expressamente prevista no ordenamento jurídico, de maneira concreta, orienta e direciona a atividade jurisdicional. Em termos conceituais, as cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz,

---

<sup>158</sup> Martins, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 13.

<sup>159</sup> É importante salientar que os códigos mais recentes, assim como o nosso Código Civil atual, têm em comum a técnica de legislar mediante o emprego de cláusulas gerais, ultrapassando, dessa forma, o modelo oitocentista da taxatividade, tipicidade e plenitude de previsão legislativa, do qual podemos citar como exemplo o *Code français* e o BGB. Segundo Nelson Nery Junior, são exemplos de cláusulas gerais no nosso Código Civil: a função social do contrato como limite à autonomia privada (Código Civil, art. 421); as partes terem de contratar observando a boa-fé objetiva e a probidade (Código Civil, art. 422); o ato ou negócio jurídico dever ser realizado com atendimento aos seus fins sociais e econômicos (Código Civil, art. 187); a empresa dever atuar atendendo sua função; função social da propriedade; a ordem pública do art. 2.035, parágrafo único do Código Civil; fixação de indenização razoável pela interrupção da empreitada (Código Civil, art. 623); atos de permissão e tolerância não induzirem posse (Código Civil, art. 1.208); exigência feita pelo pai ao filho, em decorrência do poder familiar, relativa a serviços próprios de sua idade e condição (Código Civil, art. 1.634, III); o fato de o gestor de negócios responder por dano causado por caso fortuito, quando realizar operações arriscadas (Código Civil, art. 868); o dever de indenizar, objetivamente, sem dolo ou culpa, quando a atividade causadora do dano, por sua natureza, trazer risco para o direito de outrem (Código Civil, art. 927, parágrafo único). (Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: Martins Filho, Ives Gandra da Silva; Mendes, Gilmar Ferreira; Franciulli Netto, Domingos (coords.), *Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003, p. 411).

autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz.<sup>160</sup>

Por assim dizer, as cláusulas gerais devem ser entendidas como normas orientadoras que autorizam o juiz a adequar os valores por elas protegidos ao caso concreto, na busca da melhor solução para o conflito de interesses. Os dispositivos legais, que prevêem as cláusulas gerais, contêm princípios de direito a serem aplicados pelo juiz por meio de um processo de instrumentalização, em que valores abstratos passam a disciplinar, de forma concreta, as relações particulares.

Nota-se, por conseguinte, que as cláusulas gerais possuem a peculiar característica de permitir ao juiz o preenchimento do seu conteúdo com os valores indicados para aquele caso concreto, garantindo uma maior flexibilidade ao sistema e permitindo uma ampla atividade criadora do juiz. Resta claro, porém, que tal atividade não se mostra arbitrária e ilimitada, devendo a realidade e os interesses a que se busca preservar, delimitar a decisão judicial.

No mesmo sentido, a visão de Clóvis do Couto Silva:

*“O Código Civil, como Código central, é mais amplo que os códigos civis tradicionais. É que a linguagem é outra, e nela se contêm cláusulas gerais, um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o corpus juris vigente com novos princípios e normas. E, nesse sentido, o Código Civil adquire progressivamente maiores dimensões do que os códigos que têm a pretensão, sempre impossível de ser atingida, de encerrar em sua disposição o universo do direito.”*<sup>161</sup>

---

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 408.

<sup>161</sup> Couto e Silva, Clóvis do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: Fradera, Vera Maria Jacob de (org.), *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 31.

Em outras palavras, as cláusulas gerais, dotadas de grande abertura semântica, não pretendem dar resposta previamente para todos os problemas da realidade, uma vez que as soluções serão progressivamente construídas pela jurisprudência.

Em oposição a um modelo tipificado, que regulamenta completa e exaustivamente todas as possibilidades, as cláusulas gerais atuam tecnicamente como *metanormas*, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou por meio de variáveis de tipologias sociais, dos usos e costumes. Não há, portanto, um apelo à discricionariedade, mas sim a remessa, ao juiz, de critérios baseados em valorações objetivamente válidas no contexto social.

Desta feita, as cláusulas gerais, e em especial a cláusula geral da boa-fé objetiva, se diferencia das outras regras de direito positivo por duas circunstâncias: a) primeiro, por intermédio de sua indeterminação (daí a denominação cláusula “geral”); e b) pela referência não aos preceitos positivos, mas a mandamentos (lealdade e boa-fé) ou critérios (usos e costumes) sociais e metajurídicos.<sup>162</sup>

As cláusulas gerais transitam entre a generalidade, a vagueza e os valores, estando inseridas numa roupagem de proposição prescritiva escrita. Desta feita, com o objetivo de dotar o sistema de normas com característica de mobilidade, as cláusulas gerais propiciam a abertura do ordenamento jurídico.<sup>163</sup>

Verifica-se, assim, que as cláusulas gerais, por carregarem uma amplitude semântica ou valorativa maior que as demais disposições normativas, possibilitam uma significativa adequação do sistema jurídico às mudanças da realidade histórica, cultural e social, dispensando uma constante alteração legislativa para tanto. Ademais, tais dispositivos conferem a abertura necessária para que o julgador busque em outros diplomas

---

<sup>162</sup> Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código civil comentado e legislação extravagante*: atualizado até 15 de junho de 2005. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 381.

<sup>163</sup> Jorge Junior, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.10.

legais e na Constituição Federal o conteúdo formado por princípios e valores utilizados para preencher o espaço da abstração presente na cláusula geral. Patente, portanto, é a necessidade de complementação material das cláusulas gerais.

Ressalte-se, todavia, que a técnica legislativa verificada a partir das cláusulas gerais encontra-se presente em outros diplomas além do Código Civil de 2002 e, em especial, na própria Constituição Federal quando se faz a opção de, em determinadas questões, trasladar a legislação extrínseca à Carta Magna, bem como adotar diretrizes basilares a serem seguidas.<sup>164</sup>

Inspirada nos ensinamentos de Menezes Cordeiro, a doutrina costuma indicar três tipos de cláusulas gerais: *restritivas*, *regulativas* e *extensivas*. As cláusulas *restritivas* surgem para delimitar ou restringir determinadas situações que decorrem de regra ou de princípio jurídico. Podemos citar, como exemplo de tal espécie, a cláusula geral de boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil de 2002) e a função social da propriedade (art. 1.228, §1º do Código Civil de 2002), na medida em que restringem determinados direitos e faculdades do contratante e do proprietário.

As cláusulas *regulativas*, por sua vez, são utilizadas como princípio para definir situações fáticas sem desenho acabado na legislação, como é o caso da responsabilidade civil por culpa (art. 186 do Código Civil de 2002).

Por fim, são do tipo *extensivo* as cláusulas gerais que permitem, expressamente, a possibilidade de serem introduzidos princípios e regras dispersos em outros textos, como é o caso das disposições do Código de Defesa do Consumidor e da

---

<sup>164</sup> Mazzei, Rodrigo Reis. Função social da propriedade e o Código Civil de 2002. In: Nery, Rosa Maria de Andrade (coord.), *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 391. Adverte ainda Alberto Gosson Jorge Junior: “As cláusulas gerais ocupam um lugar privilegiado no cenário jurídico alemão, notadamente em razão do § 242 do BGB, segundo o qual ‘o devedor está obrigado a executar a prestação como a boa-fé, em atenção aos usos e costumes, o exige’. Esta norma é considerada pela doutrina como a ‘cláusula geral por excelência’, irradiando efeitos não só no direito das obrigações, mas extrapolando para o direito privado, de uma maneira geral.” (*Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 62).

Constituição Federal, que asseguram, aos seus destinatários, a tutela prevista em acordos, tratados internacionais e na legislação ordinária.<sup>165</sup>

Não obstante a evidente conexão estabelecida entre as denominadas cláusulas gerais e os princípios jurídicos, não nos parece correto igualar o conceito de tais institutos. Assim, os princípios possuem existência e identidade próprias, tendo em vista a sua carga valorativa autônoma, nitidamente reconhecida na ordem social. Tudo isso faz parecer que o princípio, sendo ele expresso em lei, ou implicitamente deduzido do sistema jurídico, estrutura o ordenamento e, uma vez aplicado, ganha contornos efetivos e concretos na solução dos litígios.

Um pouco diversa, contudo, é a situação da cláusula geral em razão de não possuir, assim como os princípios, uma autonomia plena, necessitando invocar valores e os próprios princípios para o preenchimento do seu conteúdo e constatação de sua legitimidade. Por isso, a cláusula geral, desde que seja disposição legislativa expressa, assume a feição de mecanismo de ingresso no ordenamento jurídico de valores e princípios consagrados. A rigor, a cláusula geral necessita do princípio para não ter esvaziado o seu conteúdo, o que, na prática, resulta, invariavelmente, em uma aparente coincidência entre os dois.

Não podemos, pois, dizer que um princípio é identificado por uma cláusula geral ou vice-versa, mas sim que a cláusula geral retira o seu substrato material de princípios com carga valorativa.

Ao estabelecer a distinção entre as cláusulas gerais e os princípios jurídicos, esclarecedoras são as observações aduzidas por Judith Martins-Costa:

---

<sup>165</sup> Fazem referência a essa classificação: Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (*Da boa-fé no Direito Civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 1.184), Judith Martins-Costa (*A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 295) e Rodrigo Reis Mazzei (Função social da propriedade e o Código Civil de 2002. In: Nery, Rosa Maria de Andrade (coord.), *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 391 – 392).

*“Na verdade, a confusão entre princípio jurídico e cláusula geral decorre, no mais das vezes, do fato de uma norma que configure cláusula geral conter um princípio, reenviando ao valor que este exprime, como ocorre com o reiteradamente citado § 242 do BGB. Aí, sim, se poderá dizer que determinada norma é, ao mesmo tempo, princípio e cláusula geral. Para ter clareza neste ponto devemos, todavia, atentar para as seguintes circunstâncias:*

*a) não se pode pensar em ‘cláusula geral inexpressa. Constituindo uma técnica legislativa, não há o que falar em sua ‘implicitude’. Ou estão formuladas na lei ou não estão. Portanto, um dos dois setores em que se divide a classificação dos princípios acima aludida, qual seja a que a distingue entre os princípios inexpressos e os expressos, resta completamente afastado da possibilidade de sintoníia ou equiparação às cláusulas gerais;*

*b) considerando o setor que resta, vale dizer, o dos princípios expressos, nem aí se justifica a equiparação. É que não se pode pensar em cláusula geral que não promova o reenvio, seja a outros espaços do próprio ordenamento, seja a standards, jurídicos ou ainda extrajurídicos, ou a valores, sistemáticos ou extra-sistemáticos, podendo-se apontar, contudo, como acima se aludiu, a um considerável quadro de princípios que não contém conceitos dotados de vagueza semântica, nem sequer de vagueza (semântica) socialmente típica, e que, portanto, não promovem o mencionado reenvio;*

*c) têm-se, então, no campo residual, os princípios expressos que referenciam valores e que se traduzem em linguagem dotada de alto grau de vagueza semântica, tal como ‘boa-fé’, ‘correção’, ‘moralidade pública’, ‘razoabilidade’ etc. Mesmo aí é indevida a equiparação. O que se poderá dizer é que aí se trata de uma cláusula geral que contém um princípio, embora possa haver outras que nem de longe contêm*

*princípios, apenas reenviando a outros estatutos, como é o caso do art. 7º do CDC.*”<sup>166</sup>

De outra parte, também se faz necessário estabelecer a peculiar diferença existente entre as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados. Os conceitos legais indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos que, uma vez completados pelo juiz, garantem a solução preestabelecida na própria norma legal. Assim sendo, desde que diagnosticados como conceitos legais indeterminados, compete ao juiz simplesmente aplicar a norma, sem exercer nenhuma função criadora. A rigor, tais conceitos se distinguem das cláusulas gerais por sua finalidade e eficácia, pois não permitem que o juiz busque a solução mais correta com base em princípios e valores, mas possibilitam, tão-somente, que a expressão seja adequada e adaptada às circunstâncias fáticas, o que resulta, por consequência, na solução estabelecida em lei.<sup>167</sup>

De tudo isso compreende-se, no âmbito do nosso sistema jurídico atual, que a boa-fé objetiva não apenas representa uma de cláusula geral circunscrita à esfera contratual (art. 422 do Código Civil de 2002), mas também representa o princípio jurídico fundamental para a estruturação de todo o sistema jurídico, inclusive no que concerne ao direito de família. Sem embargo da ausência de disposição legislativa expressa na cláusula geral da boa-fé objetiva nas relações familiares, a superioridade hierárquica dos princípios

---

<sup>166</sup> Martins-Costa, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 323 - 324.

<sup>167</sup> Segundo Nelson Nery Junior, são exemplos de conceitos legais indeterminados: a ordem pública e bons costumes para caracterizar a ilicitude da condição que os ofenda (Código Civil, art. 122); atividade de risco, para caracterizar responsabilidade objetiva (Código Civil, parágrafo único); caso de urgência (Código Civil, art. 251, parágrafo único); perigo iminente, como excludente de ilicitude do ato (Código Civil, art. 188, II); divisão cômoda, como critério para alienação judicial de imóvel em condomínio que não a comportar (Código Civil, art. 2.019); coisas necessárias à economia doméstica, que dispensam a autorização conjugal para serem compradas, ainda que a crédito (Código Civil, art. 1.643, I); necessidade imprevista e urgente, como causa autorizadora da suspensão, pelo comodante, do uso e gozo da coisa emprestada (Código Civil, art. 581). (Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: Martins Filho, Ives Gandra da Silva; Mendes, Gilmar Ferreira; Franciulli Netto, Domingos (coords.), *Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003, p. 408).

fundamentais nos remete à sua aplicabilidade nos diversos segmentos da realidade jurídica.<sup>168</sup>

Indiscutível, portanto, é a supremacia da boa-fé objetiva como princípio jurídico. De fato, a inserção da boa-fé objetiva como cláusula geral concretiza o caráter ético que deve permear as relações jurídicas e confere a força normativa necessária para gerar direitos e obrigações jurídicas.

A posituação da cláusula geral, entretanto, não é suficiente para retirar do princípio da boa-fé a sua função estrutural e interpretativa do sistema jurídico por inteiro. À idéia da boa-fé objetiva, expressamente prevista como cláusula geral dos contratos, alia-se o fato de ela também representar um princípio geral, o que propicia o seu entendimento como uma regra de conduta que norteia o juiz na interpretação do ato ou negócio, no estabelecimento do conteúdo das diversas relações jurídicas e, também, na aplicação da norma ao caso concreto.

### **4.3 A boa-fé objetiva e as suas funções**

Notamos, em um primeiro momento, que a ciência jurídica tem deixado de possuir exclusivamente uma visão estrutural, conceitual e estática dos institutos, evoluindo para a análise funcional e instrumental, em busca de uma maior efetividade, fator que se mostra preponderante para o direito se tornar um real e concreto instrumento de transformação social.

---

<sup>168</sup> A este respeito, Clóvis do Couto e Silva, ao comentar a ausência de previsão expressa da cláusula geral da boa-fé objetiva no Código Civil de 1916, concluiu que por se tratar de princípio fundamental, a sua aplicação se faz necessária: “Quando num código não se abre espaço para um princípio fundamental, como se fez com o da boa-fé, para que seja enunciado com a extensão que se pretende, ocorre ainda assim a sua aplicação por ser o resultado de necessidades éticas essenciais, que se impõe ainda quando falte disposição legislativa expressa.” (O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: *Estudos de direito civil brasileiro e português* – I Jornada luso-brasileira de direito civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 61 – 62).

O Código Civil de 2002 não definiu modelos determinados de conduta que servissem para a fixação do conteúdo da cláusula geral da boa-fé. Como já se observou, compete ao juiz analisar a situação concreta e definir o comportamento honesto e leal que se espera das partes naquela relação jurídica específica.

É certo, porém, que a boa-fé objetiva não pode servir a qualquer fim, daí a importância de se estabelecer as funções por ela desempenhadas. Na esteira dos autores germânicos, a doutrina brasileira atribui à boa-fé três comandos específicos, que são as suas funções: a função interpretativa, a função integrativa de criação de deveres anexos ou acessórios à prestação principal e a função de controle ou restritiva do exercício abusivo de direitos.<sup>169</sup>

Na função interpretativa, a boa-fé objetiva serve como um critério hermenêutico consubstanciado na necessidade de se interpretar as convenções e manifestações de vontade de acordo com os parâmetros de lealdade e correção. Afigura-se, assim, a proibição de se considerar válido o sentido malicioso ou fraudulento de qualquer manifestação da vontade.

Nestes termos, o art. 113 do nosso Código Civil preceitua que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração.” Diante deste comando legal, a operação interpretativa, visando a definir o alcance e o significado da declaração de vontade, deve se pautar naquilo que uma pessoa leal e honesta teria desejado. Ou seja, não apenas deve-se perquirir a vontade interna ou o verdadeiro querer do declarante, mas, também, o que a pretensa boa-fé do sujeito teria tencionado.

Cláudio Luiz Bueno de Godoy, salienta:

---

<sup>169</sup> Tepedino, Gustavo; Schreiber, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: Farias, Cristiano Chaves de (org.), *Leituras complementares de direito civil – o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Podivm, p. 214.

*“A operação interpretativa, então, diante da pretensão de alcance do significado de determinada declaração de vontade, envolve o questionamento sobre o que teria uma pessoa imaginariamente legal, honesta, reta, querido declarar em idênticas circunstâncias. Por exemplo, se cuida de um contrato, pressupõe-se que o intérprete indague a si mesmo o que teriam tencionado prever contratantes colaboradores, segundo aquele padrão de comportamento solidário em que se constitui a boa-fé objetiva.”<sup>170</sup>*

Uma segunda função que se reconhece à boa-fé objetiva é a integrativa ou supletiva, a qual se caracteriza por criar deveres anexos à prestação principal. Ou seja, ao lado da prestação principal, surgem deveres outros, considerados acessórios, que tornam a relação jurídica mais solidária, cooperativa e leal. Podemos tomar como exemplos o dever de informação, de sigilo, de colaboração, de lealdade, de cuidado, de proteção, dentre outros diversos.

Tomando por base o escólio de Paulo Luiz Netto Lôbo, dizemos que há deveres que excedem do próprio e estrito dever de prestação, especialmente nas obrigações negociais, mas que são com ele, necessariamente, unidos ou correlacionados. Ademais, segundo o autor, os deveres de conduta que se revestem da dignidade de princípios normativos, de caráter constitucional e infraconstitucional, assim como a boa-fé objetiva, deixam de ter um aspecto secundário ou complementar e passam a representar verdadeiros deveres gerais de conduta, os quais são por ele assim definidos:

*“Os deveres gerais de conduta, ainda que incidam diretamente nas relações obrigacionais, independentemente da manifestação de vontade dos participantes, necessitam de concreção de seu conteúdo, em cada*

---

<sup>170</sup> Godoy, Claudio Luiz Bueno de Godoy. O princípio da boa-fé objetiva. In: Gozzo, Débora; Alves, José Carlos Moreira; Reale, Miguel (coords.), *Principais controvérsias no novo Código Civil – textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 58.

*relação, considerados o ambiente social e as dimensões do tempo e do espaço de sua observância ou aplicação. Essa é sua característica, razão porque são insuscetíveis ao processo tradicional de subsunção do fato à norma jurídica, por que esta determina a obrigatoriedade da incidência da norma de conduta (por exemplo, a boa-fé) sem dizer o que ela é ou sem defini-la. A situação concreta é que fornecerá ao intérprete os elementos de sua concretização.*”<sup>171</sup>

No ambiente familiar, podemos citar o dever de informação das questões relativas ao filho menor, que incide na relação existente entre o genitor que detém a guarda e o outro que não a detém. A título de ilustração, podemos imaginar que a conduta da mãe detentora da guarda do menor estará em conformidade com os ditames da boa-fé desde que informe ao pai, de forma adequada, os aspectos mais importantes relativos à saúde, alimentação e educação da criança, de forma a contribuir, sobremaneira, para o estreitamento do relacionamento entre pai e filho. A conduta da mãe, desta forma, vai ao encontro dos deveres anexos de informação, colaboração e lealdade. Nesta situação hipotética, colaborar significa agir com lealdade, não obstruir, atrapalhar ou impedir a sadia relação paterno-filial.

Como se vê, a extensão do princípio da boa-fé objetiva aos diversos segmentos da ciência jurídica gera, por conseqüência, a obrigatoriedade do cumprimento de deveres anexos em relações jurídicas situadas fora da esfera exclusivamente contratual. Sem embargo da indiscutível existência de deveres de conduta implícitos no campo obrigacional, outros ramos do direito privado, tal como o direito de família, possuem certos deveres acessórios vinculados à obrigação principal. Podemos destacar, neste aspecto, o dever de cuidado, de lealdade, de cooperação, de informação, de sigilo e de prestar contas.

---

<sup>171</sup> Lôbo, Paulo Luiz Netto. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. *Jus Navegandi*, Teresina, a. 9, n. 711, 16 jun. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6903>>. Acesso em: 03.07.2005.

Aspecto interessante é a impossibilidade de identificação taxativa de tais deveres. A situação concreta irá definir quais deveres serão observados para permitir a realização justa das expectativas das pessoas envolvidas na relação jurídica em análise, além da delimitação da sua abrangência e conteúdo. É certo, todavia, que estes deveres anexos não incidem de forma ilimitada. Não devemos supor, por exemplo, que a boa-fé objetiva crie um dever de informação apto a exigir das partes esclarecimentos acerca de todos os aspectos da sua atividade econômica ou de sua vida privada.<sup>172</sup>

Vê-se, pois, que os deveres anexos não decorrem da manifestação de vontade expressa das partes componentes da relação jurídica. Justamente em razão de terem como fonte a própria boa-fé objetiva, tais deveres decorrem implicitamente do negócio ou da relação jurídica e podem surgir mesmo contra a vontade das partes.

Em seguida, a boa-fé objetiva cumpre a função controladora ou restritiva, exigida nas manifestações jurídicas da conduta humana a partir da limitação ao exercício de direitos. Com base nesta função, o exercício dos direitos e deveres sempre e quando as condutas tiverem algum tipo de transcendência jurídica, quer dizer, entrarem no âmbito jurídico, limitar-se-á à ação da boa-fé.<sup>173</sup>

Ao longo do tempo, o exercício dos direitos deu origem a excessos que determinaram a necessidade de imposição de limites, dentre os quais se destaca a boa-fé objetiva. Nesta perspectiva, a boa-fé objetiva funciona como mecanismo de controle de

---

<sup>172</sup> Tepedino, Gustavo; Schreiber, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: Farias, Cristiano Chaves de (org.), *Leituras complementares de direito civil – o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Podivm, p. 216.

<sup>173</sup> Martins, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 23. Contrária é a posição de Nelson Rosendal: “Somente discordamos de certo senso comum no universo jurídico, pautado na exposição do princípio da boa-fé como uma espécie de freio à autonomia privada. Muito pelo contrário, temos que as limitações ao exercício abusivo de direitos subjetivos são fatores de valorização àquele princípio, à medida que o repúdio à prática de condutas inadmissíveis permite que os contratantes possam não apenas manter, como também aperfeiçoar o contrato e, principalmente, dele sair com a mesma dignidade com que nele ingressaram: com a liberdade garantida pelo ordenamento jurídico.” (*Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 128).

direitos subjetivos, apresentando uma forma de conduta a ser seguida. Vê-se, desse modo, o aspecto negativo ou proibitivo da boa-fé objetiva, que, ao estabelecer limites, impõe às partes o dever de não agir de forma abusiva ou excessiva.

De igual modo, Anderson Schreiber sustenta:

*“Trata-se de uma aplicação da boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo: vedando comportamentos que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conformem aos standards impostos pela cláusula geral. Aqui, a doutrina utiliza freqüentemente a expressão exercício inadmissível de direitos, referindo-se ao exercício aparentemente lícito, mas vedado por contrariar a boa-fé.”*<sup>174</sup>

Nessa linha de intelecção, a boa-fé objetiva mantém estreita ligação com o abuso de direito, na medida em que proíbe o uso excessivo e causador de danos de determinadas faculdades e prerrogativas. Trata-se, em outras palavras, de uma atuação refletida, sem abuso ou obstrução em relação ao direito alheio.<sup>175</sup>

Em que pese a previsão contratual ou legal de um determinado direito, o seu exercício abusivo fere frontalmente o ordenamento jurídico, configurando o ato ilícito passível de ensejar a responsabilidade civil do causador do dano. Veja-se, pois, a expressa

<sup>174</sup> Schreiber, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 89.

<sup>175</sup> Em acréscimo a estas idéias, seguem as palavras de Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “Na sua função limitadora da conduta, a boa-fé se manifesta através da teoria dos atos próprios, proibindo o *venire contra factum proprium*; vedando o uso abusivo da *exceptio non adimpleti contractus*, quando o inadimplemento da outra parte, no contexto do contrato, não o autorizava; impedindo o exercício do direito potestativo de resolução quando houve adimplemento substancial, na linguagem do direito anglo-americano, ou quando o inadimplemento foi de escassa importância, na nomenclatura do Código Civil Italiano; afastando a exigência de um direito cujo titular permaneceu inerte por tempo considerado incompatível (*supressio*); desprezando a exigência de cumprimento de preceito, feita por aquele que já o descumpriu (*tu quoque*) etc.” (A boa-fé na relação de consumo. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, p. 20 – 27, abr./jun. 1995). É importante dizer que pelo *tu quoque* quer-se vedar que alguém viole determinada regra e depois pretenda dela se beneficiar. É o exemplo clássico, nas obrigações contratuais, da exceção do contrato não cumprido. Quem não cumpre sua prestação não pode tencionar obrigar a que o outro adimpla a sua (art. 476 do Código Civil de 2002). (Godoy, Cláudio Luiz Bueno. O princípio da boa-fé objetiva. In: Gozzo, Débora; Alves, José Carlos Moreira; Reale, Miguel (coords.), *Principais controvérsias no novo Código Civil* – textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 65).

previsão do Código Civil de 2002 acerca da qualificação do abuso de direito como ato ilícito: “Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” Em assim sendo, ao ultrapassar os limites impostos pela boa-fé, o titular de um direito subjetivo estará sujeito a sofrer sanções no âmbito civil, que giram em torno da invalidade do ato praticado e da indenização em razão dos prejuízos ilicitamente causados.<sup>176</sup>

Do ponto de vista do direito de família, a função restritiva da boa-fé objetiva e a configuração do abuso de direito são questões de extrema relevância. Em diversas situações, como adiante se buscará demonstrar, o titular de uma prerrogativa jurídica a coloca em prática de forma a extrapolar os limites estabelecidos pela boa-fé, violando frontalmente o dever implícito de lealdade, obstruindo o direito alheio e agindo em prejuízo das expectativas de outros componentes da relação de origem familiar.

O direito de família contemporâneo, como verificado em capítulos anteriores, prima pela observância de certos valores constitucionais, como a dignidade humana, a solidariedade social e a igualdade. De fato, a atual realidade familiar demonstra a preocupação dos institutos jurídicos em proteger as expectativas e os direitos de todos os sujeitos do grupo familiar, até mesmo quando o seu direito tenha sido violado em

---

<sup>176</sup> Sobre a conexão existente entre a boa-fé objetiva, o abuso de direito, a violação às expectativas alheias e a responsabilidade civil, vale trazer a lume interessante decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Paraná: “Apelação Cível. Contratos de distribuição de bebidas firmados ao longo de mais de 20 (vinte) anos. Denúncia vazia unilateral pela concedente. Abusividade. Princípio da boa-fé. Prejuízos decorrentes da desativação ou perda de utilidade de materiais e equipamentos da concessionária. Indenização. Danos emergentes e lucros cessantes. Indenização cumulativa decorrente de invasão de área. Vendas diretas da fábrica praticadas no território da distribuidora. Deslealdade comercial. Direito à repetição de valores pagos. Cobrança de encargos nas vendas à prazo pela concedente acima do limite de 12% (doze por cento) ao ano. Princípio da função social do contrato. Prática usuária legalmente vedada. Gastos com publicidade e propaganda. Desenvolvimento da marca junto ao mercado. Ressarcimento parcial deferido à distribuidora. Fundo de comércio. Não reconhecimento da perda do estabelecimento comercial como bem incorpóreo. Prosseguimento das atividades da concessionária. Dano moral decorrentes do não só descumprimento de obrigações contratuais. Não configuração. Apuração dos valores em liquidação de sentença.” (Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível n°. 0176131 -7, 12ª Câmara Cível, 15.03.2006).

decorrência do exercício anormal ou abusivo do direito de outrem, o que consagra, enfim, a importância da boa-fé objetiva ao dirigir os vínculos familiares.

#### **4.4 O princípio da autonomia privada aliado ao princípio da boa-fé objetiva: meio de controle do exercício de posições jurídicas**

Conforme foi visto, em decorrência dos novos princípios e direitos constitucionais, o Estado passou a assumir uma posição intervencionista, protecionista e reguladora, o que se dá, principalmente, por meio de normas que garantem a paridade entre as partes da relação jurídica e a preservação de condições mínimas de dignidade da pessoa humana, além de combater a má-fé, o lucro desproporcional e o aproveitamento da situação de desigualdade por uma das partes da relação jurídica.

Nesse contexto, o moderno direito privado, em consonância com as transformações históricas mundiais, caracteriza-se pela adoção de alguns paradigmas: o direito privado como garantia de acesso a bens, o direito privado como limite ao poder e o direito privado como mecanismo de proteção individual.<sup>177</sup>

Devemos, neste momento, focar a perspectiva do direito privado como limite ao poder, ou, em outros termos, como meio de controle do exercício de posições jurídicas.

Constata-se, pois, que a autonomia privada é o poder jurídico normativo conferido às partes para auto-regulamentar as suas relações jurídicas particulares, desde que obedecidos os limites impostos pela lei. Significa dizer, assim, que a expressão autonomia privada deve ser utilizada significando o poder atribuído por lei aos indivíduos

---

<sup>177</sup> Estes paradigmas são sustentados por Ricardo Luiz Lorenzetti, na obra *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 49.

para a criação de normas jurídicas capazes de definir o conteúdo e os efeitos do ato praticado.<sup>178</sup>

Ora, em se tratando de um poder jurídico genérico atribuído por lei, a autonomia privada recebe contornos externos ao campo exclusivamente negocial ou obrigacional. Trata-se, em termos gerais, de um poder concedido ao indivíduo para a realização de fins particulares, com reflexos em uma extensa gama de relações jurídicas. É, sobre este ponto, que devemos reconhecer a autonomia privada nos vínculos oriundos do direito de família, sobressaltando, em última análise, os limites objetivos estabelecidos na lei para o exercício dos direitos reconhecidos.

A liberdade como vetor constitucional, no âmbito do direito privado, é sintetizada na autonomia privada, a qual, por sua vez, revela poderes e direitos subjetivos. Ao lado das permissões conferidas por lei, surgem, com a mesma força, os deveres e as restrições. Daí, mais uma vez inserimos a idéia de boa-fé objetiva como restrição essencial ao exercício dos direitos subjetivos. O abuso de direito estará presente quando houver uma violação ao dever de agir de acordo com os padrões de lealdade ou, ainda, a irregularidade e a abusividade de uma faculdade jurídica decorrem, no mais das vezes, da quebra da confiança e frustração de legítimas expectativas.

Em síntese estreita, o sistema aberto anteriormente apregoado permite a adoção de cláusulas gerais como forma de flexibilizar o ordenamento jurídico. Com efeito, o sistema jurídico atual se distancia da tradicional perspectiva subjetiva de elevação da autonomia privada relativamente a fator isolado e ilimitado de edificação de direitos

---

<sup>178</sup> Segundo Ana Prata, em uma perspectiva ampla, a autonomia privada desdobra-se em dois aspectos essenciais: direito subjetivo e liberdade negocial. No entanto, comumente se faz coincidir a autonomia privada com o segundo aspecto referido, isto é, tomam-se como sinônimos a autonomia privada e a liberdade negocial. (*A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina, 1997, p. 15 – 16). Outrossim, Luigi Ferri aduz que a autonomia privada é o poder concedido ao indivíduo para a consecução de fins privados. (*La autonomía privada*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, p. 38).

subjetivos. Os direitos subjetivos decorrem do exercício da autonomia privada, desde que observadas as restrições impostas na lei para a preservação do bem comum.

Sendo uma das restrições impostas pelo sistema jurídico, a boa-fé objetiva, ao elaborar padrões de comportamentos aceitáveis juridicamente, é capaz de sistematizar as várias hipóteses de limitação ao exercício de direitos subjetivos.<sup>179</sup>

É justamente para sistematizar e concretizar os padrões de comportamento exigíveis que a construção jurisprudencial deve servir. Resta evidente, em vista disso, que a boa-fé objetiva torna-se menos fluida a partir do momento em que os tribunais elaboram decisões identificando os atos abusivos e ilícitos e determinando, por consequência, a devida reparação e invalidação.

---

<sup>179</sup> Rosenthal, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 131.

## 5. A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO DE FAMÍLIA

Trilhando o caminho assinalado, a boa-fé objetiva é posta na qualidade de princípio jurídico fundamental de todo o sistema jurídico, além de ser consagrada expressamente como cláusula geral dos contratos (art. 422 do Código Civil) a ser atendida tanto na fase das tratativas quanto na fase da execução contratual. Exige-se, por meio da boa-fé, uma atitude de cooperação e lealdade. Assim sendo, o princípio é fonte normativa de deveres de comportamento pautados por um específico arquétipo de conduta.

Não obstante a tendência doutrinária e jurisprudencial de direcionar o princípio da boa-fé objetiva para o campo contratual, por tudo que se sustentou, é forçoso concluir que o referido princípio encontra grandes reflexos nas relações jurídicas que não sejam de cunho meramente negocial e que envolvam interesses “suprapessoais”. É, pois, em vínculos jurídicos que envolvam valores relacionados ao bem comum e de caráter personalíssimo, tais como as relações familiares, que o dever de cooperação e a preservação da confiança alheia se fazem ainda mais necessários.<sup>180</sup>

O direito de família é composto por um complexo de normas jurídicas reguladoras de relações intersubjetivas de ordem pessoal ou patrimonial, as quais possuem como origem o casamento, a união estável, a relação paterno-filial, o vínculo de parentesco e os institutos da tutela e da curatela. É, outrossim, um ramo do direito em que não há a preocupação com fins lucrativos. Não está evidenciada, como no direito contratual, a

---

<sup>180</sup> Cabe, aqui, a lúcida advertência de Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco: “Observa-se, assim, que os deveres decorrentes da lealdade e da boa-fé, ordenados em graus de intensidade conforme a categoria dos atos jurídicos a que se ligam, encontram a sua máxima intensidade nas relações societárias que, tal como as relações de família, envolvam interesses suprapessoais.” (*Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 139).

conexão do princípio da autonomia privada com a livre iniciativa e com a função econômica desempenhada pelo contrato, caracterizado por ser instrumento necessário para regulação e efetivação das atividades rotineiras de produção, comercialização e consumo. Portanto, interesses meramente particulares, o lucro e a negociação comercial estão excluídos do universo do direito de família.<sup>181</sup>

A respeito das relações familiares, doutrina Roberto de Ruggiero:

*“É que, ainda quando as relações tenham em si um conteúdo econômico, o ordenamento opera aqui fora da sua esfera normal ‘do meu’ e ‘do teu’, visto se orientar essencialmente pela finalidade, que ultrapassa fins individuais, e querer proteger os interesses superiores da família, como organismo, e não o interesse particular do indivíduo.”*<sup>182</sup>

Por tudo isso, as condutas desempenhadas pelos membros do grupo familiar recebem uma conotação *intuitu personae*, ou seja, os deveres decorrentes dos vínculos estabelecidos terão que ser analisados considerando especialmente as pessoas envolvidas, o que nos leva a concluir que a qualidade e as características dos atos praticados são essenciais para a preservação do interesse da família e, em um contexto mais amplo, do próprio Estado na garantia do bem comum.

---

<sup>181</sup> A este respeito, a abalizada lição de C. Massimo Bianca (em idioma original): “I diritti di famiglia hanno natura non patrimoniale. Questo carattere significa precisamente che alla stregua della coscienza sociale i diritti di famiglia non sono negoziabili per compensi economici. La no patrimonialità di tali diritti si spiega nella preminenza ed essenzialità degli interessi familiari. Il pagamento di un corrispettivo per l’assenso all’adozione, ad es., è sicuramente contrario alla morale sociale, ed è quindi illecito.” (*Diritto civile. La famiglia – Le successioni*. Terza edizione riveduta e aggiornata. Milano: Giuffrè Editore, 2001, p. 16). Neste mesmo diapasão, as palavras de Maria Helena Diniz: “Porém é preciso deixar bem claro que o direito de família, em qualquer uma de suas partes (direito matrimonial, convivencial, parental ou tutelar), não tem conteúdo econômico, a não ser indiretamente, no que concerne ao regime de bens entre cônjuges ou conviventes, à obrigação alimentar entre parentes, ao usufruto dos pais sobre os bens dos filhos menores, à administração dos bens dos incapazes, e que apenas aparentemente assume a fisionomia de direito real ou obrigacional.” (*Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 5, p. 04-05).

<sup>182</sup> Ruggiero, Roberto. *Instituições de direito civil*. Trad. e atual. por Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005, v. 2, p. 35.

Em verdade, a maneira de agir dos indivíduos (ou até mesmo a omissão do sujeito em realizar aquilo que deveria ser feito) é questão a ser analisada principalmente no ambiente familiar. A atitude leal, a colaboração para uma convivência sadia e harmoniosa e a finalidade proba são exemplos de alguns dos elementos a serem tutelados e exigidos pelo Estado na busca do bem comum.

Nesse aspecto, a boa-fé objetiva e os deveres dela decorrentes coincidem com o bem comum e exigem, de certa forma, sacrifícios a interesses meramente individuais. Só há bem comum quando a convivência entre os indivíduos do núcleo familiar é harmônica e seja preservada a dignidade e o pleno desenvolvimento da personalidade de cada um. É de interesse geral que os componentes do grupo familiar ajam conforme padrões éticos de conduta e que não sejam encorajados atos contrários à boa-fé ou aos preceitos de direito.

Traçadas essas premissas, analisaremos o conteúdo do princípio da boa-fé objetiva nas relações familiares, sem olvidar que o interesse do Estado na preservação do bem comum é maior que o interesse estritamente individual das pessoas. Por isso, as normas de direito de família são, na maioria das vezes, de ordem pública e, por conseguinte, impossíveis de serem renunciadas por meio da vontade particular, como regra.

### **5.1 A boa-fé objetiva e seus contornos externos ao direito obrigacional**

É certo e incontroverso, em conformidade com as observações trazidas em capítulos anteriores, que o preceito de boa-fé, por estar dentre os princípios gerais de direito, é capaz de direcionar o sistema jurídico nos seus diversos segmentos. Note-se que

o sistema jurídico, partindo de diretrizes e valores constitucionais gerais – como a dignidade humana, a socialidade, a igualdade, a liberdade e a eticidade (boa-fé) – deve espelhar uma determinada unidade e coerência lógica. É de se reconhecer, então, que princípios e preceitos constitucionais de conteúdo geral são fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, devendo, outrossim, alicerçar a interpretação e aplicação da complexidade de normas jurídicas.

Dessa maneira, impõe-se dizer que os princípios gerais são compostos por regras dotadas de uma incontestável veracidade e que, por si só, servem de premissa para a formulação e sistematização lógica de outras proposições.

Devemos, todavia, ressaltar que existem princípios constitucionais com um conteúdo geral a ser aplicado em todos os ramos do direito, e há outros, de menor amplitude, previstos para campos específicos da experiência jurídica (por exemplo, os princípios orçamentários). Neste último caso, os princípios servem como premissa lógica para a formação de um subsistema regulador de determinadas relações jurídicas.

Assim, não há como isolar princípios constitucionais de conteúdo geral em um determinado ramo do direito. Com efeito, o princípio geral, exatamente por conter um valor genérico e “universalizante”, condiciona e orienta a compreensão de todo o sistema jurídico.

Como se viu, o princípio da boa-fé objetiva é identificado como princípio geral do direito e, como tal, portador de valores universais, cuja aplicação deve ser feita nas diversas relações jurídicas, tanto do universo do direito privado quanto do direito público. Neste último, aliás, dizemos que a boa-fé objetiva ganha contornos próprios, ao

que antes se vinculava exclusivamente ao princípio da moralidade administrativa ou à repressão ao desvio de finalidade.<sup>183</sup>

O padrão objetivo de conduta, sintetizado no dever de lealdade e respeito à confiança despertada, não pode ser destinado a específicas vinculações jurídicas, mas, ao contrário, a todas elas. As obrigações jurídicas de qualquer natureza devem conter o compromisso expresso ou implícito de “fidelidade” e “cooperação”. Aliás, Cláudia Lima Marques sustenta que a “boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais.”<sup>184</sup>

O valor ético, concretizado no princípio da boa-fé objetiva, liberta-se do seu isolamento e conduz à conexão necessária para conferir unidade à ordem jurídica. Ou seja, o princípio da boa-fé objetiva deve ser compreendido sob a ótica sistemática, o que torna o sistema jurídico coerente e lógico. Daí que não é lógico e razoável supor que o dever de boa-fé objetiva está implicitamente inserido nas espécies contratuais, em razão da previsão legal expressa, enquanto que nas demais relações jurídicas ele se tornaria dispensável.

Com esse espírito, pontua Claus-Wilhelm Canaris:

*“(...) trata-se, assim, de apurar, por detrás da lei e da ratio legis, a ratio iuris determinante. Pois só assim podem os valores singulares libertar-se do seu isolamento aparente e reconduzir-se à procurada conexão ‘orgânica’ e só assim se obtém aquele grau de generalização sobre o qual a unidade da ordem jurídica, no sentido acima caracterizado, se torna perceptível. O sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de*

---

<sup>183</sup> Schreiber, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 440. Ainda segundo Menezes Cordeiro, “a expansão da boa-fé em áreas não civis, com inclusão do Direito Público material, avesso, por natureza, à aplicação directa de vectores privados frontais, teve, como elemento galvanizador, o seu vivo sucesso no Direito civil.” (*Da boa-fé no Direito Civil*. 3ª. Reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 395).

<sup>184</sup> Marques, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 180 – 181.

*Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais.”<sup>185</sup>*

Assim sendo, em que pese a tendência doutrinária e jurisprudencial de se estabelecer o princípio da boa-fé objetiva como paradigma para as relações obrigacionais comuns e, por outro lado, a previsão específica da boa-fé objetiva como cláusula geral dos contratos (art. 422 do Código Civil), enfatizamos o seu posicionamento na classe dos princípios gerais de direito, sendo composto por valores universais e essenciais a serem priorizados em todos os segmentos do universo jurídico e, em especial, no direito de família.

De outra parte, à luz dos novos princípios constitucionais e do perfil político-ideológico do Código Civil de 2002, vemos que a eticidade tornou-se diretriz elementar na reconstrução do direito privado. Nesta nova ordem, destacam-se as normas de conteúdo principiológico, cuja função é dirigir as condutas particulares, ao mesmo tempo que conferem poderes ao Estado, por intermédio do Poder Judiciário, para intervir nas relações privadas, com o intuito de adequá-las aos ditames legais.

Resta claro, ainda, que o direito deixa de ser composto por segmentos autônomos e desconexos, passando a ser liderado pelos princípios gerais de direito, suficientes para garantir uma interconexão entre os diversos setores. Sob este prisma, o direito privado é marcado por normas de caráter público, e as normas constitucionais, ao revés, disciplinam relações jurídicas exclusivamente particulares, temas que antes eram reservados apenas ao Código Civil. Assim, a organização da família, matéria tipicamente privada, integra a atual ordem jurídica constitucional.

---

<sup>185</sup> Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 77.

Nessa cadência, a boa-fé objetiva extrapola a esfera exclusivamente obrigacional. Vê-se, desse modo, que o fenômeno ético, de magnitude constitucional, garante ao mencionado princípio vastos reflexos jurídicos. Pensar em sentido contrário seria defender, em última análise, que a boa-fé objetiva é observável tão-somente entre os contratantes na conclusão e na execução do contrato, conforme dispõe o art. 422 do Código Civil. Resta evidente, pois, que o sentido restritivo não se coaduna com a importância e a generalidade do princípio geral da boa-fé objetiva.

Oportuna, as palavras de Claus-Wilhelm Canaris no que concerne ao sistema de institutos jurídicos:

*“(...) assim, o complexo regulativo da autonomia privada, que se pode considerar como instituto do nosso Direito privado, só se entende a partir de uma acção conjunta dos princípios da auto-determinação, da auto-responsabilidade e da protecção do tráfego e da confiança; uma semelhante miscegenação de princípios fundamentais pode demonstrar-se em todos os institutos jurídicos. Mas assim sendo, um sistema com eles formado iria exprimir a unidade da ordem jurídica do modo fragmentário, pois a conexão ainda mais profunda existente entre os institutos não se tornaria visível; pelo contrário: o facto de, para vários institutos, os mesmos princípios serem, em parte, constitutivos – por exemplo para o da auto-responsabilidade ou da protecção da esfera de liberdade – mostra que, na procura da unidade do Direito, se regressa, por último, sempre e de novo aos princípios gerais do Direito, - uma vez que o sistema não resulta de sua mera enumeração desconexa, mas antes é constituído através da sua concatenação e ordenação interna e desde que contenha uma componente relativamente semelhante aos institutos.”<sup>186</sup>*

---

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 84-85.

É inegável, portanto, que a boa-fé objetiva nasceu e se desenvolveu em um contexto exclusivamente negocial, concretizando-se, ao longo do tempo, como uma fórmula de interpretação e fonte de deveres anexos às prestações principais estabelecidas voluntariamente entre os contratantes. Ocorre, contudo, que a reformulação do direito privado foi feita a partir de um novo sistema jurídico, composto por princípios gerais do direito, cuja preocupação é fazer com que a manifestação da vontade seja circunscrita por valores éticos (boa-fé objetiva) e sociais (função social do contrato e da propriedade). O sistema jurídico tornou-se aberto e adaptável a princípios e cláusulas gerais. As modificações trazidas fizeram com que o direito civil vigente se tornasse mais flexível, superando o formalismo técnico-jurídico próprio do período do individualismo burguês reinante na época das codificações oitocentistas.<sup>187</sup>

Do mesmo modo, o sentido e o alcance das normas jurídicas deixam de ser marcados por uma rigidez conceitual. A interpretação e aplicação da norma devem ter relação com os valores e princípios jurídico-sociais, de modo a tornar possível atingir a finalidade mais próxima possível do bem comum. Para tal propósito, cabe ao juiz adequar a norma jurídica aos princípios gerais, construindo um direito mais efetivo e condizente com as finalidades a serem atingidas em prol do interesse público. O julgador passa a

---

<sup>187</sup> A propósito, esclarecedoras são as palavras de Rosana Amara Girardi Fachin: “Mediante um novo modo de ver a sociedade brasileira e o Direito comprometido com o seu tempo e com sua história, exsurge uma concepção plural e aberta do Direito de uma forma geral, e do Direito de Família em especial, valorizando o afeto e a solidariedade.” (*Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 90). No mesmo sentido, Judith Martins-Costa: “Embrica-se à concepção da relação obrigacional como um processo complexo e ‘total’ a mudança de paradigma da noção de sistema. A boa-fé objetiva aí desempenha um papel fundamental, porque é o caminho pelo qual se permite a construção de uma noção substancialista do direito, atuando como um modelo hábil à elaboração de um sistema aberto, que evolui e se perfaz dia-a-dia pela incorporação dos variados casos apresentados pela prática social, um sistema no qual os chamados operadores do direito passam a ser vistos como seus verdadeiros autores, e não meramente como seus aplicadores, recipiendários ou destinatários.” (*A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 382).

ocupar papel ativo, criador e construtivo, ampliando a mera função de realizar a subsunção pura e simples da lei ao caso concreto.<sup>188</sup>

A flexibilidade e a abertura do sistema jurídico se destinam a criar mecanismos de restrição à atuação particular, limitando o exercício de posições jurídicas e vedando o abuso de direito. Por meio da análise concreta dos fatos, se faz necessário invocar determinados limites e princípios. É justamente neste aspecto que a boa-fé objetiva reflete o seu conteúdo nas relações jurídicas.

Não podemos, na realidade, querer restringir a aplicação de um princípio que, além de geral, é capaz de ditar a abertura e a flexibilidade do sistema jurídico. O significado da boa-fé objetiva não se compatibiliza com restrições segmentares dentro do sistema. O seu conteúdo é amplo, de caráter “universalizante”, confere flexibilidade ao direito e, portanto, deve ser aplicado aos diversos setores, desde que o real significado técnico do instituto não seja esquecido.<sup>189</sup>

Desta feita, devemos estender o significado da boa-fé objetiva, ampliando o seu horizonte. Ou seja, a boa-fé objetiva não é apenas um dever objetivo de lealdade e probidade, mas também critério de controle de legitimidade do exercício da autonomia privada em geral.

Sem se distanciar da sua acepção técnica e científica, a boa-fé objetiva parece direcionar-se por toda a parte. Subsiste, assim, o seu caráter limitativo da autonomia privada nas mais variadas relações de cunho patrimonial e, superando a sua última

---

<sup>188</sup> Nessa linha, ressaltamos as palavras de Carlos Maximiliano: “A relação lógica entre a expressão e o pensamento faz discernir se a lei contém algo de mais ou de menos do que a letra parece exprimir; as circunstâncias extrínsecas revelam uma idéia fundamental mais ampla ou mais estreita e põem em realce o dever de estender ou restringir o alcance do preceito. Mais do que regras fixas influem no modo de aplicar uma norma, se ampla, se estritamente, o fim colimado, os valores jurídico-sociais que lhe presidiram à elaboração e lhe condicionam a aplicabilidade.” (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 199).

<sup>189</sup> Nessa perspectiva, segue a advertência de Lafayette Rodrigues Pereira: “O Direito Civil é um todo orgânico, cujas partes integrantes são entre si tão intimamente ligadas que é quase impossível dividi-las sem ao mesmo tempo mutilá-las.” (*Direitos de família*. Atual. com base no novo Código Civil por Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Russel, 2003, p. 19).

fronteira, também em relações existenciais. Com muita precisão, Anderson Schreiber revela que “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 de família.”<sup>190</sup>

Em sentido oposto, porém, Orlando Gomes sustenta que “o princípio da boa-fé tem sua aplicação limitada às *obrigações contratuais* por ser corolário da *fé jurada*, segundo o qual todo homem deve honrar a palavra empenhada.”<sup>191</sup>

Por outro lado, como sabemos, na nova codificação a boa-fé objetiva tem três funções básicas: *função de interpretação* (art. 113 do Código Civil), *função integrativa ou supletiva de deveres de conduta anexos* (art. 422 do Código Civil) e *função controladora ou restritiva* (art. 187 do Código Civil). Por tudo que restou demonstrado, os três comandos legais devem ser aplicados aos institutos familiares. Neste ponto, é interessante transcrever o que ensina Flávio Tartuce:

*“Mas, se percorrermos outro caminho por três premissas ou justificativas, também podemos afirmar que o art. 422 do novo Código Civil pode ser perfeitamente aplicável aos institutos familiares, particularmente ao casamento e à união estável. Primeiro, porque, como vimos, os baluartes do novo Código Civil são a eticidade, a socialidade e a operabilidade, princípios com os quais a boa-fé objetiva mantém relação. Dessa forma, a referida cláusula geral deveria ser*

---

<sup>190</sup> Schreiber, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 441. Seguindo as mesmas idéias, Luiz Antônio de Souza, em tese de doutorado apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2004, sob a orientação do professor doutor Sérgio Seiji Shimura: “Anotese bem, a boa-fé objetiva é fundamento de todo sistema jurídico, de modo que ela pode e deve ser observada em todo tipo de relação existente, é por ela que se estabelece um equilíbrio esperado para a relação, qualquer que seja esta. Este equilíbrio – tipicamente caracterizado com um dos critérios de aferição de Justiça no caso concreto – é verdade, não se apresenta como uma espécie de tipo ideal ou posição abstrata, mas ao contrário, deve ser concretamente verificável em cada relação jurídica (contratos, atos, práticas etc.)” (*A boa-fé objetiva como princípio geral, paradigma da conduta da sociedade contemporânea e fundamento do dever de indenizar*, 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 377).

<sup>191</sup> Gomes, Orlando. *Obrigações*. rev., atual. e amp. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 108.

*aplicada a todos os institutos de Direito Privado. Segundo, porque seria inconcebível aplicar os arts. 113 e 187 da atual codificação aos institutos de Direito de Família, afastando a aplicação do art. 422 diante de um óbice formal. Vale repetir que a nova codificação privada não se apega ao formalismo, sendo essa a melhor expressão do princípio da operabilidade, da simplicidade. Entender que, no Direito de Família, a boa-fé teria dupla função, e não tripla, é, para nós, totalmente inconcebível. Terceiro, por fim, lembramos que a principal função da boa-fé é justamente suprir e corrigir os negócios jurídicos em geral.”<sup>192</sup>*

Vale dizer, por fim, que a revalorização do princípio da boa-fé objetiva, ainda que não previsto expressamente na lei como cláusula geral para todas as espécies de vinculações jurídicas, corresponde a uma alavanca para repensar o direito civil contemporâneo e suas categorias jurídicas fundamentais. A boa-fé objetiva e os seus respectivos deveres de conduta desempenham funções elementares para uma vida em sociedade harmônica e equilibrada.

Enfim, é por meio dos deveres de cuidado, de colaboração, de respeito, de lealdade, de probidade e, mais ainda, do dever de agir conforme a confiança depositada que a boa-fé objetiva atinge o patamar de mola propulsora das relações jurídicas intersubjetivas, sejam elas puramente contratuais ou não. Não restam dúvidas, portanto, que somente desta forma se dará a proteção efetiva e concreta dos valores constitucionais.

---

<sup>192</sup> Tartuce, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano VIII, nº 35, p. 10, abr./mai. 2006. Ademais, devemos frisar que no art. 113 do Código Civil de 2002 estatui-se que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (*função interpretativa* da boa-fé objetiva); no art. 187 do Código Civil de 2002, reprime-se, como ato ilícito, a conduta do titular de um direito, que, no exercê-lo, “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (*função limitativa* da boa-fé objetiva, como meio de controlar o exercício do direito em busca de impedir ou sancionar o abuso do direito) e, por fim, no art. 422 do Código Civil de 2002 estabelece-se a obrigação acessória de agir segundo os princípios de probidade e boa-fé, independentemente da previsão dessa conduta nas cláusulas do contrato, das negociações preliminares, ou dos termos ajustados para a execução e para a responsabilidade pela prestação realizada (*função integrativa* da boa-fé objetiva). (Theodoro Júnior, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 19-21).

## 5.2 O conteúdo do princípio da boa-fé objetiva nas relações familiares

Ultrapassada a análise conceitual e funcional do princípio jurídico da boa-fé objetiva em uma perspectiva geral, e em se considerando a extensão da aplicabilidade de tal princípio para as relações jurídicas provenientes do ambiente familiar, merece destaque, neste momento, a análise dos desdobramentos da boa-fé objetiva no campo do direito de família.

Como se pode depreender, é importante definir com maior precisão os contornos dogmáticos da boa-fé objetiva para que não haja uma invocação indiscriminada do seu conteúdo como referência ética genérica. Não podemos, por assim dizer, utilizar a boa-fé objetiva como um elemento justificador para quaisquer espécies de ilicitude e abusividade ocorridas no ambiente familiar. A sua amplitude dentro do sistema jurídico não lhe pode retirar o seu conteúdo técnico específico, tornando-se um instituto vago e ilimitado. Sendo assim, necessário se faz o preenchimento técnico e preciso do conteúdo do princípio da boa-fé objetiva nas relações jurídicas oriundas do direito de família.<sup>193</sup>

---

<sup>193</sup> Com razão, a advertência de Menezes Cordeiro: “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 lingüístico 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. Esta linguagem grandiloquente pitoresca, que domina a literatura e os espíritos dos juristas quando da boa-fé se trata 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. E entretanto, num remate do divórcio, os tribunais progridem, encontrando soluções bem reais, com base na boa fé. Destas há que partir para transcender o irrealismo metodológico, cientificar, a nível superior, as conquistas mais recentes do Direito civil e pôr termo ao anacronismo da mitificação da boa fé.” (*Da boa fé no direito civil*. 3. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 402 – 403). Na mesma linha, Rosalice Fidalgo Pinheiro: “Por conseguinte, a boa-fé é subtraída do temor de arbitrariedade e imprecisão que lhe renderam os contornos de um ‘mar sem fronteiras’. Com vistas a conferir-lhe ‘precisão-jurídico-teórica’ não resta ao intérprete outra saída, senão procurar na Constituição, a pauta axiológica de sua concretização. Nestes termos, os direitos

Tem-se, então, num primeiro momento, a construção da boa-fé objetiva como um princípio geral de colaboração e lealdade recíproca entre as partes integrantes da relação jurídica familiar. Com efeito, podemos dizer que a boa-fé objetiva, como um princípio geral de direito, gera deveres de conduta que impõem às partes determinados comportamentos tidos como necessários para permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão dos vínculos familiares.

Importa-nos aqui frisar que várias obrigações surgem dos vínculos familiares. A obrigação é, na sua essência, um “vínculo”, um liame ou laço, como está na origem do próprio termo. Assim, podemos dizer que a simples identificação da existência de um “vínculo” ligando dois sujeitos na sociedade e na família pode, portanto, indicar, caso este vínculo seja juridicamente relevante, a existência de obrigações (deveres na sua essência) para estes sujeitos.<sup>194</sup>

Na qualidade de padrão objetivo de conduta, a boa-fé se manifesta por meio da obrigatoriedade de colaboração dos membros da família, no plano patrimonial e pessoal, tanto durante a vigência da relação jurídica quanto após a sua dissolução. No sentido positivo de atuação, cooperar é agir com lealdade, retidão, honestidade. Por outro lado, na acepção negativa, a cooperação deve ser entendida como o dever de não obstruir ou impedir o livre exercício das faculdades alheias.<sup>195</sup>

---

fundamentais mostram-se como diretivas de interpretação e aplicação das cláusulas gerais.” (A boa-fé como um “mar sem fronteiras” e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 392, p. 186, jul./ago. 2007).

<sup>194</sup> Marques, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 615.

<sup>195</sup> A boa-fé objetiva deve ser observada na formação dos vínculos familiares, durante a sua vigência e após a sua extinção. Este entendimento é confirmado por meio de uma analogia feita com os contratos. Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo: “A melhor doutrina tem ressaltado que a boa-fé não apenas é aplicável à conduta dos contratantes na execução de suas obrigações, mas aos comportamentos que devem ser adotados antes da celebração (*in contrahendo*) ou após a extinção do contrato (*post pactum finitum*). Assim, para fins do princípio da boa-fé objetiva são alcançados os comportamentos do contratante antes, durante e após o contrato.” (Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. *Jus Navegandi*, Teresina, a. 9, n. 711, 16 jun. 2005. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6903>>. Acesso em: 03.07. 2005).

Como se vê, o dever de colaboração está intrinsecamente ligado à conduta de um sujeito em relação ao outro. Por isso, as partes não podem se colocar em pólos diametralmente opostos, como se fossem oponentes querendo satisfazer os seus próprios interesses individuais. Como corolário da eticidade e socialidade marcantes no ordenamento civil-constitucional, deve prevalecer no ambiente familiar a idéia de respeito mútuo como padrão de relacionamento.

Tudo isso se reflete nas diversas espécies de relacionamento familiar. Podemos citar como exemplos: o dever de colaboração material e imaterial existente entre os cônjuges e conviventes durante o casamento e a união estável e, em determinadas situações, após a sua dissolução; o dever de colaboração dos pais em relação aos filhos no que concerne ao sustento material e ao apoio moral; o dever de convivência familiar; o dever de não criar embaraços ao livre desenvolvimento da convivência familiar e ao exercício do direito de visitas existente na hipótese de pais separados.<sup>196</sup>

Sob o prisma do dever de lealdade, a boa-fé objetiva se reflete em muitas questões patrimoniais do universo familiar. Desta feita, o comportamento probo e honesto implica uma conduta transparente, despida da vontade de prejudicar e alheia aos interesses fraudulentos. Nas manifestações de vontade, a idéia central é assegurar um conteúdo dotado de seriedade e veracidade, isento de falsidades ou omissões dolosas.

Vemos, nesta órbita, situações marcantes em que a boa-fé objetiva, refletida na conduta leal e honesta, traz interessantes desdobramentos: dever de lealdade na escolha e na alteração do regime matrimonial de bens; dever de lealdade na dissolução da sociedade conjugal e da união estável, notadamente na divisão dos bens; dever de lealdade

---

<sup>196</sup> A boa-fé objetiva ligada ao dever de colaboração está presente no próprio Código Civil em alguns de seus dispositivos, dos quais podemos citar: o dever de mútua assistência dos cônjuges (art. 1.566, III); o dever de assistência que deve existir nas relações pessoais entre os companheiros na união estável (art. 1.724); o dever de criação e educação dos pais em relação aos filhos menores (art. 1.634, I); o dever dos pais, no exercício do poder familiar, de administrar os bens dos filhos menores que estão sob a sua autoridade (art. 1.689, II).

na elaboração do contrato de convivência; dever de lealdade no estabelecimento do elemento “necessidade” na obrigação de prestar alimentos, dentre outras hipóteses concretas.

Note-se, ainda, que ao lado do dever de colaboração e lealdade, a boa-fé objetiva no direito de família se materializa no dever de cuidado. Na percepção de Cláudio Luiz Bueno de Godoy, “o dever de cuidado obriga a parte a se acautelar para não agir de forma a provocar exagerados riscos de danos à outra parte ou aos seus bens.” Cuida-se, dessa forma, de um dever genérico de proteção que pode, inclusive, se projetar diante de terceiros não diretamente vinculados.<sup>197</sup>

Nessa linha de intelecção, a família, conforme já se analisou, deve ser entendida como um ambiente propício para o desenvolvimento da personalidade humana. A imposição do dever de cuidado está ligada ao caráter instrumental da família, concebida como instituição e mecanismo destinado à promoção da tutela da pessoa humana. O cuidado como valor jurídico traz a restauração da primazia da pessoa nas relações de família, de forma que o indivíduo é colocado como foco central do sistema jurídico. Nas palavras certeiras de Paulo Luiz Netto Lôbo, “a pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo fator de medida do patrimônio, que passa a ter função complementar.”<sup>198</sup>

O dever objetivo de cuidado decorrente da boa-fé objetiva se manifesta, dentre outras hipóteses: na determinação constitucional de se declarar a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental da criança e do adolescente; na proteção do Estado, não só ao grupo familiar oriundo do casamento, como também à entidade formada pela união estável entre um homem e uma mulher e à entidade familiar

---

<sup>197</sup> Godoy, Claudio Luiz Bueno de Godoy. O princípio da boa-fé objetiva. In: Gozzo, Débora; Alves, José Carlos Moreira; Reale, Miguel (coords.), *Principais controvérsias no novo Código Civil* – textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 62.

<sup>198</sup> Lôbo, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12.

formada por qualquer dos pais com os filhos; e, por fim, nas medidas de *guarda, tutela e adoção*, sistematizadas no Estatuto da Criança e do Adolescente e também no Código Civil. Em vista disso, é inquestionável a conclusão de que o “cuidado” é, na sistemática atual, um valor jurídico que envolve a priorização da afetividade, da solidariedade e da responsabilidade.

Ao escrever sobre o “cuidado” como valor jurídico com bases constitucionais, Tânia da Silva Pereira conclui:

*“A proposta deste trabalho é identificar o ‘cuidado’ dentre as responsabilidades do ser humano como pessoa e como cidadão. O afeto já se incorporou como elemento identificador nas relações familiares. Como a solidariedade e a tolerância novos valores que passam a compor as responsabilidades sociais e familiares. Preconizando o ‘cuidado’ como valor jurídico, estamos diante da identificação de princípios que extrapolam os limites expressos da legalidade. Em nome do interesse público, desafia-nos a ética da co-responsabilidade, fundada na solidariedade e na cidadania. O ‘cuidado’ também deve informar as relações privadas e institucionais, conduzindo a efetivos compromissos.”<sup>199</sup>*

Destarte, se reconhece a incidência da boa-fé objetiva nas relações familiares sob o enfoque do cuidado e da afetividade. A partir destes paradigmas, emergem alguns deveres resultantes, como, por exemplo: o dever de proteção da criança e do adolescente, no que se refere à sua criação, educação, formação moral e psicológica e

---

<sup>199</sup> Pereira, Tânia da Silva. O cuidado como valor jurídico. In: Pereira, Tânia da Silva; Pereira, Rodrigo da Cunha (coords.), *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 237. Acompanhando este entendimento, Paulo Luiz Netto Lôbo: “O cuidado desponta com força nos estatutos tutelares das pessoas vulneráveis, como a criança e o idoso, que regulamentaram os comandos constitucionais sobre a matéria. O cuidado, sob o ponto de vista do direito, recebe a força subjacente do princípio da solidariedade, como expressão particularizada desta.” (Princípio da solidariedade familiar. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM. Edição de lançamento, p. 150, out./nov. 2007).

manutenção; o dever de convivência familiar e preservação da afetividade; o dever de assistência espiritual e psicológica entre os cônjuges e conviventes; o dever de primar pela subsistência dos membros do grupo familiar; o dever de garantir uma vida digna ao idoso.<sup>200</sup>

Note-se que a criança, o adolescente e o idoso demandam proteção especial do Estado devido à sua peculiar condição, seja de pessoa em desenvolvimento, seja por sua fragilidade física ou psicológica.<sup>201</sup>

Afora estas diretrizes apontadas pela boa-fé objetiva nas relações familiares, podemos ainda destacar a idéia de confiança como um de seus mais importantes fundamentos materiais. Por se tratar de vínculos de caráter personalíssimo e com laços de afetividade, ainda que haja interesses patrimoniais envolvidos, todas as condutas contrárias à boa-fé objetiva serão diretamente contrárias à noção de confiança. É intrínseco às relações familiares o surgimento de expectativas em decorrência de condutas desempenhadas. A frustração de tais expectativas, em razão de um comportamento exatamente contrário àquele que era o esperado, provoca o rompimento do princípio da confiança e, por conseguinte, há uma violação à boa-fé objetiva. Com efeito, essa noção de confiança é especialmente protegida pelo direito de família, dando mostras de sua compreensão como um valor jurídico a ser materializado.

---

<sup>200</sup> No plano constitucional, o “cuidado” é incorporado como direitos fundamentais do cidadão, dispersos ao longo do texto. Segundo Tânia da Silva Pereira, podemos citar: “a proteção do Estado, à união estável entre homem e a mulher como entidade familiar (art. 226, § 3º, CF); a proteção do Estado à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, reconhecendo-a como entidade familiar (art. 226, § 4º, CF); o planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, como livre decisão do casal (art. 226, § 7º, CF); a assistência pelo Estado à família na pessoa de cada um dos que a integram (art. 226, § 8º); a proteção contra o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (art. 227, § 4º, CF); a equiparação de filhos e a vedação de designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º, CF); a assistência e educação dos filhos por parte dos pais, e o dever dos filhos maiores de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, CF).” (*O cuidado como valor jurídico*. In: Pereira, Tânia da Silva; Pereira, Rodrigo da Cunha (coords.), *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 241).

<sup>201</sup> Art. 229 da Constituição Federal de 1988: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

De fato, a confiança tem desempenhado um papel fundamental na compreensão da boa-fé objetiva no direito de família. Vemos, assim, que a confiança é despertada em relações de cunho patrimonial e pessoal. Em se considerando os efeitos patrimoniais dos vínculos familiares, a confiança assume a feição dos deveres de lealdade, de honestidade e de colaboração. Por outro lado, a confiança atrelada aos efeitos pessoais das relações familiares, traz, como consequência, a materialização da afetividade e dos deveres mútuos e recíprocos de cuidado.<sup>202</sup>

Uma vez delineado o panorama geral do princípio da boa-fé objetiva nas relações familiares, podemos dizer, em síntese, que o preenchimento do conteúdo de tal princípio jurídico se faz por meio dos deveres de colaboração, lealdade, cuidado e preservação da confiança despertada. Trata-se, pois, de estabelecer uma conceituação específica e autônoma para a boa-fé objetiva nas relações familiares. De todo o modo, em que pese a existência, em certa medida, de coincidências axiológicas entre os interesses tutelados na esfera contratual e na familiar, buscou-se, a partir desta análise, estabelecer *standards* de comportamentos específicos destinados aos membros do grupo familiar.

### **5.3 A boa-fé objetiva e o valor jurídico da confiança no direito de família**

Com o intuito de situar a boa-fé objetiva nas relações de direito de família, ressaltamos, nas linhas anteriores, a diretriz fundamental da tutela da confiança. Cumpre-

---

<sup>202</sup> É clara, neste sentido, a lição de Cristiano Chaves de Farias: “É bem verdade que a confiança assumirá diferentes feições em cada uma dessas situações jurídicas. Nessa ordem de raciocínio, quando se tratar de um efeito patrimonial (apreciável economicamente), apresenta-se como a boa-fé objetiva, com as suas múltiplas funções. A outro giro, tratando-se de efeitos existenciais (ligados à essência da pessoa humana), a confiança materializar-se-á na forma do *afeto*.” (*Escritos de direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p 25).

nos, neste momento, buscar definir com maior precisão as conseqüências jurídicas e os contornos dogmáticos do reconhecimento deste valor jurídico no campo familiar.

Em termos gerais, podemos dizer que a confiança é um dever jurídico de não serem realizados comportamentos contrários aos interesses e expectativas despertadas nas outras pessoas. Trata-se, pois, da efetivação material do princípio da boa-fé objetiva por meio de um paradigma de conduta pautado na preservação da confiança alheia.

Ressaltando o caráter jurídico da confiança, o autor português Pais de Vasconcelos aduz:

*“A confiança depositada pelas pessoas merece tutela jurídica. Quando uma pessoa actua ou celebra certo acto, negócio ou contracto, tendo confiado na atitude, na sinceridade, ou nas promessas de outrem, ou confiando na existência ou na estabilidade de certas qualidades das pessoas ou das coisas, ou das circunstâncias envolventes, o Direito não pode ficar absolutamente indiferente à eventual frustração dessa confiança.”*<sup>203</sup>

Também acompanhando este raciocínio, os dizeres de Menezes Cordeiro:

*“A confiança exprime a situação em que uma pessoa adere em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e a sua tutela.”*<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> *Apud* Gagliano, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*, tomo 1: teoria geral. 2. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, v. IV. p. 72.

<sup>204</sup> Menezes Cordeiro, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. 3ª. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1.234.

Note-se que, etimologicamente, confiança provém de *cum fides*, ou seja, “com fé”. Assim, a boa-fé (*bona fides*) é uma confiança qualificada ou adjetivada como “boa”, isto é, como justa, correta ou virtuosa.<sup>205</sup>

Destarte, os desenvolvimentos interpretativos realizados acerca do § 242 do BGB foram fundamentais para se estabelecer a confiança como valor jurídico orientador das relações intersubjetivas. Foi a doutrina alemã, sem dúvida, que inovou ao trazer a concepção objetiva da boa-fé, traduzida como *standard* de conduta leal e confiável (*treu und glauben*). A partir de então, a jurisprudência passou a exigir de cada parte da relação jurídica uma conduta apta a não violar a confiança gerada na outra. Em outras palavras, não apenas o aspecto subjetivo ou a intenção da parte eram analisados, como também a conduta efetivamente realizada, comparando-se com um modelo de comportamento leal.<sup>206</sup>

Ao longo do tempo, foi cada vez maior o fortalecimento da boa-fé objetiva e a ampliação da tutela jurídica da confiança. Em alguns países, a construção da teoria de preservação das expectativas se deu com base em dispositivos expressos em lei. Porém, em outros, como no Brasil, a aplicabilidade da boa-fé objetiva se deu mesmo antes de haver previsão legal a respeito. Nos dizeres de Anderson Schreiber:

*“(...) a aplicabilidade da boa-fé já era reconhecida desde, pelo menos, a década de 70, ainda que seu ingresso formal no ordenamento positivo*

---

<sup>205</sup> Martins-Costa, Judith. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (coord.), *Comentários ao novo Código Civil*. Tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, p. 30.

<sup>206</sup> Vale lembrar ainda as observações de Jorge Cesa Ferreira da Silva: “A Alemanha foi, indubitavelmente, a grande precursora dos mais profundos estudos acerca da boa-fé como verdadeira norma jurídica. Seguiram-na as doutrinas italiana e portuguesa, especialmente em decorrência da conformação do direito das obrigações, orientada pelos novos códigos civis daqueles países, respectivamente de 1942 e 1966. Na França, o grau de refinamento doutrinário não chegou a atingir níveis de distinção dos vários focos de incidência do princípio, sendo a boa-fé apresentada de forma mais vaga, em sede de explicitação dos valores integrantes do sistema. Não obstante, o conteúdo normativo da boa-fé, referido pela doutrina alemã, italiana ou portuguesa, pode ser perfeitamente encontrado nos estudos de direito francês, porém, de forma dispersa.” (*A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 46).

*só tenha se dado em 1990, por meio do Código de Defesa do Consumidor.*”<sup>207</sup>

De todo o modo, a confiança não pode ser um estado psicológico ou uma condição subjetiva. A confiança legítima deve se concretizar a partir de vinculações a um comportamento inicial que foi capaz de gerar determinadas expectativas (*factum proprium*). Ocorre, contudo, uma violação ao valor jurídico da confiança quando, a despeito das promessas e probabilidades de condutas, é realizado um comportamento contrário ao que era esperado.

De fato, cada vez mais a doutrina e a jurisprudência revelam uma tendência em incorporar, de forma concreta, a tutela jurídica da confiança e o dever do comportamento coerente. Tais elementos são usualmente sustentados como fundamento para o rompimento de vínculos jurídicos e para o estabelecimento do dever de indenizar. Sob este prisma, percebida como elemento mitigador de rigorismos e capacitada a desenvolver e impor uma série de deveres jurídicos de conduta, a doutrina e, sobretudo, a jurisprudência passaram a se utilizar da boa-fé como verdadeiro *topos* fundamentador de opiniões (doutrinárias) e decisões (jurisprudenciais).<sup>208</sup>

Não obstante a ausência de previsão legal específica sobre a tutela da confiança no nosso atual ordenamento, o princípio jurídico da boa-fé objetiva, quando aplicado aos diversos segmentos do direito, deve ser compreendido como instrumento para a preservação de expectativas legítimas, as quais merecem a devida proteção. Assim, é mediante a aplicação extensiva do princípio da boa-fé objetiva que se dá a concretização da proteção jurídica da confiança alheia.

---

<sup>207</sup> Schreiber, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 85.

<sup>208</sup> Silva, Jorge Cesa Ferreira da Silva. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 47.

Da mesma forma, nas relações familiares, justas expectativas são geradas e violações a elas são detectadas. Com efeito, os vínculos jurídicos decorrentes do direito de família propiciam o surgimento de condutas objetivamente esperadas, as quais nem sempre são cumpridas. É exatamente aí que o direito deve agir, controlando a atuação das partes, exigindo comportamentos e estabelecendo as conseqüências jurídicas para as condutas tidas por abusivas. Mais ainda se considerarmos que as relações familiares se caracterizam por serem, em geral, duradouras e contínuas.

Assim sendo, compreendem uma complexidade de comportamentos e ações, os quais, ao longo do tempo, despertam a confiança de outras pessoas envolvidas. É fácil perceber, então, que esta relação de confiança vai sendo aprofundada com o tempo, fazendo com que a sua ruptura seja ainda mais danosa e traumática. A rigor, o tempo faz com que haja uma maior intensidade dos deveres resultantes da materialização da boa-fé objetiva. Por isso mesmo, o valor jurídico da confiança ganha reflexos importantes no ambiente familiar.<sup>209</sup>

A esse respeito, vislumbramos que a percepção da boa-fé objetiva sob a luz da tutela jurídica da confiança tem como base a importância do comportamento de um sujeito em relação ao seu partícipe do vínculo. Ou seja, a conduta humana não é analisada de forma autônoma e isolada, mas, sim, em relação ao outro. É, em certa medida, o despertar para uma consciência de colaboração intersubjetiva. Note-se, portanto, que a atuação de um sujeito está diretamente ligada ao direito do outro e vice-versa.<sup>210</sup>

---

<sup>209</sup> Consoante aos ensinamentos de Judith Martins-Costa, “as relações duradouras são aquelas cujo desenvolvimento não se esgota em uma só prestação, imediatamente configurada e extinta tão logo nasce, mas que, diversamente, supõe um período de tempo mais ou menos largo, na medida em que o seu conteúdo implica uma conduta que permanece no tempo ou a realização de prestações periódicas.” (In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (coord.), *Comentários ao novo Código Civil*. Tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, p. 55-56).

<sup>210</sup> É interessante, neste aspecto, a decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Promessa de compra de venda. Consentimento da mulher. Atos posteriores. ‘*Venire contra factum proprium*’. Boa-fé. Preparo. Férias. 1. Tendo a parte protocolado seu recurso e, depois disso, recolhido a importância relativa ao preparo, tudo no período de férias forenses, não se pode dizer que descumpriu o disposto no artigo 511 do CPC. Votos

Assim, se no âmbito contratual a atuação de uma parte deve corresponder às expectativas deduzidas pela outra parte contratante, ainda mais se justifica este dever nas relações familiares, em que condutas são esperadas a partir de uma plena comunhão de vida ou de laços de parentesco e de afeto. Na esfera social e familiar, se espera daquele com quem se tem (ou teve) laços de afetividade uma forma correta de agir, garantindo a assistência moral, material e, principalmente, o respeito em relação aos demais membros do grupo.

É natural se esperar, dos vínculos conjugais e familiares de uma forma geral, que exista o apoio recíproco, a solidariedade, o conforto moral, o carinho, o estímulo. Qualquer ato que viole estas expectativas atinge diretamente a confiança despertada e, por conseguinte, contraria o princípio jurídico da boa-fé objetiva.

Consoante ao que diz Cristiano Chaves de Farias:

*“Especificamente nas relações entre particulares (tomadas em meio à natural complexidade do mundo contemporâneo), a tutela jurídica da confiança avulta, então, como única forma de proteção qualificada no comportamento humano. Exatamente por isso a confiança é alçada à altitude de paradigma (referencial) das relações privadas, sejam contratuais, sejam existenciais, estabelecendo deveres jurídicos (que não precisam estar expressos nos contratos ou nas normas positivas) que vinculam os sujeitos, vedando-lhes o comportamento contrário às expectativas que produziu no(s) outro(s).”<sup>211</sup>*

---

vencidos. 2. A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denúncia de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios. Art. 132 do CC. 3. Recurso conhecido e provido.” (Resp. 95.539. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 03.09.1996).

<sup>211</sup> Farias, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p 23.

Nesse passo, novamente chegamos à conclusão que a legitimidade dos atos de autonomia privada passa a ser condicionada ao atendimento de valores e princípios constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social. Trata-se, em suma, da efetivação da solidariedade social sustentada constitucionalmente, que se materializa por meio da tutela jurídica da confiança, impondo o dever jurídico de não serem adotados comportamentos contrários aos interesses e expectativas despertadas em outrem.

Deve-se reconhecer, ademais, que o solidarismo contemporâneo exige a tutela da condição humana, de todas as pessoas e, sobretudo, *entre* as pessoas. Impõe o reconhecimento de que toda atuação individual repercute, de alguma forma, sobre os outros, e nos torna, nas diversas relações jurídicas formadas, responsáveis pela preservação da condição humana alheia.<sup>212</sup>

Enfim, os integrantes das famílias buscam cada dia mais o fortalecimento da reciprocidade dos seus sentimentos. Esse amálgama dos laços familiares é representado pela afetividade nascida da vivência cotidiana, a qual é informada pelo respeito, diálogo e compreensão. Desse modo, a família atual é qualificada pela primazia da afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros, a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social.<sup>213</sup>

Realmente, a preservação da boa-fé objetiva nas relações familiares, traduzida, em última análise, na tutela da confiança, é deduzida do princípio geral da solidariedade e de preservação da condição humana. Denota-se, assim, que o “macroprincípio” da solidariedade irradia outros princípios gerais do direito de família, a

---

<sup>212</sup> Schreiber, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 54.

<sup>213</sup> Oliveira, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 233.

saber, o princípio da convivência familiar, o princípio da afetividade, o princípio do melhor interesse da criança e o princípio da boa-fé objetiva aplicado às relações familiares.<sup>214</sup>

Registre-se, por fim, as palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo a respeito:

*“Há solidariedade quando há afeto, cooperação, respeito, assistência, amparo, ajuda, cuidado; o direito os traz a seu plano, convertendo-os de fatos psicológicos ou anímicos em categorias jurídicas, para iluminar a regulação das condutas. Cada uma dessas expressões de solidariedade surge espontaneamente, nas relações sociais, como sentimento. Mas o direito não lida com sentimentos e sim com condutas verificáveis, que ele seleciona para normatizar. Assim, o princípio da solidariedade recebe-os como valores e os transforma em direitos e deveres exigíveis nas relações familiares. Por exemplo, o Estatuto do Idoso transformou o dever apenas moral de amparo dos idosos em dever jurídico; ou seja, o sentimento social de amparo migrou para o direito, concretizando o princípio da solidariedade. Mas, ainda quando a lei seja omissa, o juiz deve aplicar diretamente o princípio.”*<sup>215</sup>

Em síntese estreita, pode-se concluir que os valores solidaristas, fortemente delineados na Constituição Federal de 1988, sedimentaram a nova face do direito de família. A entidade familiar passou a ser meio de realização da dignidade e do desenvolvimento das potencialidades de cada um dos seus membros, garantindo a repersonalização das relações familiares. Para tanto, a solidariedade impõe a cada um dos membros do grupo familiar deveres mútuos e recíprocos de respeito, proteção e auxílio material e imaterial. Estes deveres, impostos pela ordem jurídica, vão ao encontro das

---

<sup>214</sup> Na Constituição Federal de 1988, a regra matriz do princípio da solidariedade está inserida no inciso I do art. 3º. Porém, em outros dispositivos verificamos os reflexos desta diretriz, como, por exemplo, no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família (como entidade e na pessoa de cada membro) de proteção ao grupo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art. 227) e às pessoas idosas (art. 230). (Lôbo, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM. Edição de lançamento, p. 149, out./nov. 2007).

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 152.

expectativas produzidas no ambiente social e familiar, principalmente em se considerando que a família representa a entidade mais capaz e adequada para a concretização do solidarismo.<sup>216</sup>

Em vista disso, em que pese a nítida autonomia conceitual do princípio jurídico da boa-fé objetiva, que ganha contornos próprios no ambiente familiar por meio da tutela jurídica da confiança, o fato de tal princípio ganhar inspiração na diretriz constitucional da solidariedade social faz com que seja melhor compreendida a sua *ratio juris* e o seu âmbito de incidência. A aplicação do princípio da boa-fé objetiva no direito de família deve ser destinada à valorização da lealdade, do afeto, da colaboração material e imaterial e da convivência existentes nos relacionamentos. Assim, para a realização concreta de todos estes objetivos, impõe-se a adoção do paradigma da preservação da confiança originada dos vínculos familiares.

### **5.3.1 A boa-fé objetiva e a proibição do comportamento contraditório (*nemo postest venire contra factum proprium*) no direito de família**

A doutrina germânica do início do século XX elevou o brocardo do *nemo postest venire contra factum proprium* (ninguém pode vir contra os próprios atos) à categoria do princípio jurídico da proibição do comportamento contraditório. Como desdobramento dos deveres impostos pela boa-fé objetiva, o referido princípio, que cada vez mais vem sendo difundido na doutrina e na jurisprudência de diversos países, tem o

---

<sup>216</sup> Seguindo esses preceitos, Maria Celina Bodin de Moraes acrescenta: “A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade.” (*Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 110 – 111).

propósito de garantir a preservação da confiança alheia por meio da proibição de se realizar comportamentos contrários a outros que foram desempenhados anteriormente. Em outras palavras, é proibido, sob pena de violar o princípio da boa-fé objetiva, realizar comportamento incompatível com aquele demonstrado inicialmente, desde que isso cause prejuízo à confiança legítima despertada em outrem.<sup>217</sup>

A rigor, a proibição do comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só. Tem-se por razoável e justa a proibição da incoerência quando a contradição dos próprios atos possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhe prejuízos. É levantada a expectativa de que o comportamento inicial será mantido e, ao final, ela resta frustrada, causando danos. Sendo assim, é certo que uma vez ausente essa expectativa, ausente também o atentado à sua legítima confiança, de forma que, neste caso, não há qualquer razão para que se imponha, a quem quer que seja, coerência com um comportamento anterior.<sup>218</sup>

Note-se, nesse passo, consoante às palavras de Menezes Cordeiro, que ocorre o *venire contra factum proprium*, em uma dessas duas situações:

---

<sup>217</sup> No Brasil, a decisão mais famosa em que se aplicou a teoria do *venire contra factum proprium* ficou conhecida como o “caso dos tomates”: “Contrato. Tratativas. *Culpa in contrahendo*. Responsabilidade civil. Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo naquele ano, assim causando o prejuízo do agricultor, que sofre a frustração da expectativa da venda da safra, uma vez que produto ficou sem possibilidade de colocação. Provimento, em parte, do apelo, para reduzir a indenização à metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida por empresa congênere, às instâncias da ré. Voto vencido, julgando improcedente a ação.” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ap. Civ. 591028295, Canguçu, 5ª Câmara, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. em 06.06.1991).

<sup>218</sup> Schreiber, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 96. Também, a este respeito, é válida a transcrição das palavras de Cibele Pinheiro Marçal Cruz e Tucci: “Em outras palavras, conferem-se efeitos jurídicos à justa e razoável expectativa de produção dos resultados práticos que normalmente adviriam do negócio (o fim típico), tomadas as circunstâncias especiais de cada caso concreto, ainda que o rigor formal da lei ou a interpretação literal do contrato estabeleça a produção de efeitos diversos. Cuida-se de prestigiar a confiança do contratante na lealdade sugerida pelos costumes e, por isso mesmo, tornada exigível da contraparte.” (Teoria geral da boa-fé objetiva. In: *Revista do Advogado*. São Paulo, ano XXII, n. 68, p. 101, dez./2002).

“(…) quando uma pessoa, em termos que, especificamente, não a vinculem, manifeste a intenção de não ir praticar determinado acto e, depois, o pratique e quando uma pessoa, de modo, também, a não ficar especificamente adstrita, declare pretender avançar com certa actuação e, depois, se negue.”<sup>219</sup>

É bem verdade, que o que se pretende evitar com a proibição do *venire contra factum proprium* é que a parte da relação jurídica adote um padrão de comportamento não esperado naquela situação específica. Em razão de diversos fatores, não se pode admitir que, em um momento, a postura tomada até então seja contrariada, violando direitos da outra parte.

De toda a sorte, a proibição do comportamento contraditório, sob o manto da boa-fé objetiva, tem a preocupação de proteger a confiança da outra parte. Porém, concretamente, para que esta confiança mereça a devida proteção, é necessária a configuração de alguns elementos objetivos e subjetivos: a) a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica; b) a adesão da outra parte a este fato; c) a realização de fatos posteriores em razão da confiança gerada; d) prejuízo ou iniquidade para aquele que confiara.<sup>220</sup>

O fato gerador da confiança, tido como um ato ou comportamento inicial (*factum proprium*), não precisa ser um ato jurídico em seu sentido tradicional. Ele passa a ser um fato juridicamente relevante a partir do momento em que, despertando a legítima confiança de alguém, a contraria, causando danos. Nesse sentido, as palavras de Anderson Schreiber:

---

<sup>219</sup> Menezes Cordeiro, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. 3. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 747.

<sup>220</sup> *Ibidem*, p. 758.

*“O factum proprium é, por definição, uma conduta não vinculante. Torna-se vinculante apenas porque e na medida em que, despertando a confiança de outrem, atrai a incidência do princípio de proibição do comportamento contraditório e impõe ao seu praticante a conservação do seu sentido objetivo. O factum proprium não consiste em ato jurídico, no sentido tradicional; passa a produzir efeitos jurídicos somente por força da necessidade de tutelar a confiança legítima depositada por outrem. Em síntese, não é jurídico, torna-se jurídico.”<sup>221</sup>*

Desta feita, o *factum proprium* é aquele que gera a confiança legítima na sua conservação. O que se exige do *factum proprium* é que concretamente ele possa repercutir na esfera jurídica alheia, seja ela patrimonial ou existencial. É justamente neste aspecto que se dá a aplicabilidade do *nemo potest venire contra factum proprium* no direito de família. Diversas são as situações em que são realizadas posturas, as quais muitas vezes se prolongam por largo período de tempo, e, em um determinado momento, aquele que as praticou vem a contrariar diretamente tudo aquilo que foi feito por meio de um comportamento contraditório e prejudicial.

É assim que ocorre, por exemplo, com a situação do convivente que durante anos de união estável confere ao seu parceiro amplo e irrestrito apoio moral e material e que, por ocasião da dissolução do vínculo, nega toda a espécie de cuidado e proteção. De outra parte, podemos citar a situação daquele que mantém durante longo período laços de afetividade com o filho de sua esposa ou companheira, inclusive registrando-o voluntariamente como filho, e que, por ocasião do rompimento do relacionamento, nega a

---

<sup>221</sup> Schreiber, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 134.

este filho o devido amparo afetivo e econômico, contrariando, dessa forma, a declaração espontânea de paternidade e a paternidade socioafetiva.

É de se notar que a situação do pai que voluntariamente realiza o registro de uma criança que não é sua filha biológica se enquadra no conceito do *factum proprium* capaz de ensejar a legítima confiança do menor, que se mostra ainda mais evidente em razão dos laços afetivos cultivados durante o tempo de convivência. A confiança nasce do cuidado, do afeto, da proteção e do apoio irrestrito, sendo um estado de fato, objetivamente verificado. Por outro lado, o genitor, ao negar a paternidade e querer anular o registro voluntariamente realizado, demonstra uma postura situada exatamente no contexto do comportamento contraditório, principalmente se levarmos em consideração a afetividade nascida do relacionamento. Não há como negar relevância jurídica ao reconhecimento espontâneo e ao relacionamento paterno-filial mantido entre as partes, de forma que a manutenção do registro, além de privilegiar a filiação socioafetiva, vai ao encontro do princípio da boa-fé objetiva, tutelando a confiança e as expectativas legítimas despertadas no menor.

Trilhando o mesmo caminho, vislumbra-se uma violação à expectativa produzida por fato próprio por meio do não cumprimento de promessa de doação estabelecida como cláusula de separação judicial. Além da violação direta a um acordo judicial, o ato do sujeito que descumpra a promessa contraria uma manifestação de vontade por ele mesmo realizada. Cuida-se, em última análise, de hipótese de incidência do *nemo potest venire contra factum proprium*, justificando a proteção da expectativa que foi produzida na outra parte. O Tribunal de Justiça paulista, analisando esta situação, decidiu:

*“Alienação de coisa comum. Promessa de doação não foi feita por mera liberalidade, mas como condição/cláusula do acordo que*

*possibilitou a separação do casal. Homologação Judicial. Negócio jurídico perfeito, não podendo, em consequência, ser alterado unilateralmente. Honorários advocatícios e multa por litigância de má-fé mantidos nos termos da r. sentença proferida. Recurso não provido.”* (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 434.304 – 4/2, Relator José Carlos Ferreira Alves, publicado em 27.07.2007).

Por sua vez, apesar do atual reconhecimento doutrinário e da aplicação jurisprudencial do *nemo potest venire contra factum proprium*, o direito brasileiro não o consagra expressamente, devendo tal regra jurídica ser entendida como uma via de concretização do princípio geral da boa-fé objetiva e da tutela da confiança.

Conclui-se, por oportuno, que a proibição do comportamento contraditório é instrumento de proteção de expectativas legítimas e de preservação dos interesses de todos aqueles que sofreram algum dano em razão da postura incoerente e abusiva de outrem. Aí se tem, aliás, a relevância do *nemo potest venire contra factum proprium* no direito de família. O dever de manutenção do comportamento leal e cooperativo, de acordo com todas as expectativas projetadas, faz com que haja uma vedação ao exercício abusivo de direitos.

### ***5.3.2 A boa-fé objetiva como fonte criadora de deveres jurídicos implícitos no direito de família***

Como já visto, a boa-fé objetiva possui um caráter normativo que lhe é próprio e inerente. Daí porque, como referido, independentemente de qualquer manifestação de vontade ou de disposição expressa de lei, os efeitos resultantes do

princípio jurídico da boa-fé repercutirão na complexidade de vínculos formados nas relações intersubjetivas.

Destarte, temos como efeito da incidência da boa-fé o nascimento de deveres jurídicos. Neste sentido, escreve Jorge Cesa Ferreira da Silva:

*“Dado o caráter normativo do princípio da boa-fé, todos esses efeitos não advém de outras fontes que não a própria incidência do princípio. Disto se retiram dois resultados concretos, complementares e absolutamente importantes para a atual dogmática obrigacional. O primeiro é o inelutável nascimento de deveres verdadeiramente obrigacionais que não possuem suas fontes na vontade. Os deveres decorrentes da boa-fé podem, assim, não ser declarados pelas partes, não ser por elas queridos ou ser por elas totalmente desprezados. Não obstante, participarão do conteúdo toda normatividade legal (em sentido estrito) não declarada ou querida pelas partes. Por outro lado, agregando-se à obrigação esse conjunto de deveres, a própria noção de obrigação deve ser alargada, permitindo-se que se observem as interações existentes entre as várias espécies de direitos, deveres, ônus etc., surgidos do vínculo.”<sup>222</sup>*

No tocante às relações contratuais, diz-se, com inspiração nas idéias trazidas pela jurisprudência alemã, que existem *deveres anexos* ou *acessórios* ao dever diretamente vinculado na obrigação principal, dos quais podemos citar o dever de informar, o dever de esclarecimento e o dever de cooperação. Devemos igualmente buscar essas diretrizes traçadas no direito obrigacional e adequá-las ao direito de família, até porque as relações familiares são invariavelmente compostas por direitos e deveres.

---

<sup>222</sup> Silva, Jorge Cesa Ferreira da Silva. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 54.

Entendemos, num primeiro momento, que para cada direito subjetivo exercitável no âmbito familiar surge uma respectiva regra obrigatória de conduta fundada na boa-fé objetiva. Assim, por exemplo, se um filho maior tem o direito de pedir alimentos ao pai até completar os estudos e desde que não consiga se manter, possui, também, na mesma medida, o dever de não prolongar propositadamente a situação de necessidade para fazer *jus* à verba alimentar. Ou seja, o dever nasce no momento em que é efetivado o direito subjetivo, fazendo com que haja uma limitação ao exercício de posições jurídicas, conforme já analisado.

De qualquer forma, da boa-fé objetiva emanam diversos deveres a serem cumpridos pelos integrantes da família. Discorremos, em passagens anteriores, acerca desses deveres, os quais encontram-se centrados na colaboração, na lealdade, no cuidado e no afeto. Não se pode olvidar, contudo, da impossibilidade de se estabelecer taxativamente um rol *numerus clausus* de condutas exigíveis, tendo em vista a flexibilidade e a abertura marcantes da boa-fé objetiva. Assim sendo, os deveres aparecem nas situações concretas, definidos em cada relação particular. Qualquer tentativa de se definir restritivamente quais dos deveres serão exigidos em cada uma das espécies de relação jurídica familiar é suficiente para desvirtuar, por si só, o fim proposto pela aplicação do princípio da boa-fé objetiva no direito de família.<sup>223</sup>

É possível dizer ainda que tais deveres anexos decorrem muitas vezes de direitos, compreendidos não apenas como uma *facultas agendi*, mas também, ao contrário, com a conotação de direito-dever. Ou seja, os direitos subjetivos, em algumas situações, não representam apenas faculdades livres de agir, tendo em vista a existência de um poder

---

<sup>223</sup> Acompanhando este entendimento, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam: “Ao consignarmos a boa-fé objetiva como fundamento desses deveres de proteção, concebemos esse ‘fundamento’ sob o prisma de sua função *normatizadora* de tais direitos. A boa-fé objetiva, pois, é o princípio ou norma reguladora desses deveres cuja enumeração não pode ser considerada taxativa.” (*Novo curso de direito civil: contratos*, tomo 1: teoria geral. 2. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, v. IV, p. 68).

jurídico pertencente ao outro sujeito da relação jurídica, o que faz com que uma conduta originariamente *possível* de ser exercitada passe a ser *obrigatória*.

Em linhas gerais, diante de certos interesses que se visa a preservar aquilo que, *a priori*, seria apenas uma faculdade ou poder jurídico exercitável é também um dever indeclinável e inafastável a ser cumprido. A título de ilustração, vislumbramos esta hipótese no direito de visitas, o qual, na sua melhor compreensão, não se trata apenas de um direito ou poder, mas também de um dever, entendimento este que vai ao encontro dos parâmetros constitucionais vigentes e do princípio da boa-fé objetiva. Mais adiante, analisaremos esta hipótese com mais profundidade.

#### **5.4 Diferenças entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva no direito de família**

Dissemos no capítulo anterior que a boa fé, sob o ponto de vista objetivo, é um padrão de conduta fundado na honestidade, na retidão e na lealdade. Trata-se de um padrão jurídico, um *standard* objetivo de comportamento, levando-se em consideração a conduta desempenhada por um homem “normal” naquelas circunstâncias. É, portanto, um parâmetro de caráter genérico, abstrato e objetivo, que se encontra alheio a qualquer espécie de estado psíquico particular. É a boa-fé, em sentido objetivo, de que fala o art. 422 do Código Civil e é nela, também, que reside o conteúdo do princípio jurídico ora estudado.

Destarte, presente o imperativo da boa-fé objetiva em todas as espécies de relações jurídicas intersubjetivas, devem as partes guardar entre si a lealdade e o respeito que se esperam do homem médio. No direito de família, além das funções gerais

desempenhadas, a boa-fé objetiva tem o condão de criar deveres específicos para a manutenção de um ambiente familiar espelhado nas diretrizes do respeito, da colaboração, do afeto, da confiança e da solidariedade.

Por seu turno, a boa-fé subjetiva expressa um estado psíquico do sujeito em uma relação jurídica. Nesse contexto, a boa-fé pertence ao foro íntimo de alguém, diante de um fato ou de uma pessoa. Em outras palavras, na acepção subjetiva, quem pratica um ato de boa-fé ou está em uma situação de boa-fé, ou não tem ciência da existência de vícios sobre tal ato ou sobre as pessoas nele envolvidas.<sup>224</sup>

Feitas as devidas distinções, parece válido afirmar que por meio da aplicação da boa-fé objetiva a atividade judicante não penetra no mundo psíquico do contratante e de seus propósitos subjetivos, assim como o faz na análise da boa-fé subjetiva.<sup>225</sup>

Na esteira da boa-fé subjetiva, detectamos algumas situações em que o estado psicológico vinculado à noção de erro ou falsa percepção da realidade dão a entender que o sujeito está de boa-fé. Com certeza, o exemplo mais marcante é o do casamento putativo, em que os cônjuges ou pelo menos um dos cônjuges, desconhecendo a causa de nulidade ou anulabilidade, reputa o ato como válido (art.1.561 do Código Civil).

Neste caso, o casamento só produz efeitos em relação ao cônjuge de boa-fé, e isso no período que vai da data da celebração até o trânsito em julgado da sentença que o desconstitui. Assim, quanto ao cônjuge que casou de boa-fé, a sentença tem efeito *ex nunc*, não retroage nem à data do casamento (art. 1.563 do Código Civil) nem à data da sentença anulatória. Os efeitos de retroação – efeitos *ex tunc* – só acontecem em relação ao outro

---

<sup>224</sup> Acerca da boa-fé subjetiva no direito romano, Menezes Cordeiro relata: “No Direito Romano da recepção – e, daí, no Direito comum – a boa-fé era, simplesmente, a versão subjetivo-psicológica traduzida, na posse, pelo convencimento, do possuidor, de ser o proprietário – Bártolo – ou, pelo menos, de não lesar direitos alheios.” (*Da boa fé no direito civil*. 3. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 187).

<sup>225</sup> Theodoro Júnior, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 18.

cônjuge que tinha ciência da causa nulificante do casamento. Com relação aos filhos, os efeitos subsistem sempre, independentemente da boa ou má-fé dos genitores.<sup>226</sup>

É certo, portanto, que o casamento putativo visa a preservar os efeitos do casamento nulo ou anulável ao cônjuge que acreditava casar-se validamente. Logo, trata-se de condição psicológica do sujeito que ignora a realidade das circunstâncias fáticas.

Em outra hipótese de configuração da boa-fé subjetiva no direito de família, podemos situar o concubinato impuro ou adúlterino em que um dos companheiros desconhece o estado de casado do outro, caracterizando, da mesma forma, a putatividade delineada no casamento. Para estes casos, firma-se a jurisprudência dominante no sentido do reconhecimento da sociedade de fato, de que participa concubino casado, não obstante a aplicação da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal. Assim, para que não exista o locupletamento indevido, a jurisprudência, em sua maioria, tem entendido que a despeito de não configurar a união estável, reconhece-se a sociedade de fato com partilha dos bens adquiridos com o esforço comum.<sup>227</sup>

Em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, podemos destacar, nos moldes propostos, a diferença fundamental entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva no direito de família. Se não, vejamos:

---

<sup>226</sup> Dias, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 134.

<sup>227</sup> Azevedo, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 283. Conforme a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.” Todavia, deve-se esclarecer que durante muito tempo esta Súmula foi aplicada no tocante ao concubinato puro, hoje conhecido como união estável. Hoje, justifica-se a sua aplicação apenas para o concubinato impuro, para que se evite o locupletamento indevido, lembrando-se que será impuro se for adúlterino, incestuoso ou desleal (relativamente a outra união de fato). Cabe observar, também, as palavras de Francisco José Cahali sobre a união estável putativa: “Assim, se de boa-fé a companheira, pelo seu escusável desconhecimento de outras relações mantidas pelo companheiro, mesmo não caracterizada a união, para ela a ligação gera todos os seus efeitos. Pode ser considerada uma *união estável putativa*, para a qual um dos partícipes acreditava estar envolvido em uma relação como se casado fosse, mas, em verdade, não preenchia os requisitos indispensáveis para elevá-la à qualidade de entidade familiar. Também, se ambos os partícipes estiverem de boa-fé (hipótese exclusiva do concubinato incestuoso), a eles admite-se a produção de efeitos próprios da união estável, embora a relação assim não se caracterize.” (*União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 72).

*“Apelação Cível. Bigamia. Ação indenizatória fundada na imputação de comportamento doloso ao cônjuge varão, que já era casado e contraiu matrimônio. A invalidade do segundo matrimônio é incontroversa, diante das provas produzidas, infringindo o art. 1.548, inciso II, do Código Civil. O dano moral é manifesto. O sofrimento e a humilhação da autora decorrem diretamente da bigamia praticada, que permitiu a realização de ato solene, na presença de familiares e amigos, ficando constatada, posteriormente, sua invalidade. Inexistência de prova quanto a ciência da autora em relação ao primeiro matrimônio. A indenização, como se sabe, não se limita ao aspecto compensatório, apresentando igualmente conteúdo educativo e repressivo. Precedente do STJ. Verba compensatória bem arbitrada (R\$ 20.000,00), não desafiando modificação. Recurso improvido.”* (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº. 2007.001.40460, 18ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Salomão, j. 13.11.07).

É oportuno destacar que, neste julgado, as duas espécies de comportamento vinculadas aos referidos conceitos de boa-fé subjetiva e objetiva estão presentes. De um lado, a boa-fé subjetiva do cônjuge que se casou sem saber que o seu consorte já era casado. Por outro lado, o cônjuge que propositadamente omitiu tal circunstância, agindo em violação manifesta ao princípio da boa-fé objetiva, o qual, dentre um dos seus desdobramentos, impõe o dever de lealdade e transparência nas relações familiares.

### **5.5 A concretização do princípio da boa-fé objetiva nos conflitos provenientes do direito de família**

Superados os contornos teóricos da boa-fé objetiva enquanto princípio jurídico fundamental do sistema, e reconhecida a sua aplicabilidade nas relações jurídicas familiares, ganha relevo, por ora, os seus reflexos concretos nos institutos familiares e na resolução dos conflitos provenientes desta área do direito. Vale dizer que a perspectiva meramente formal e abstrata do conteúdo compreendido na teoria da boa-fé objetiva não é suficiente para a exata compreensão da sua função e finalidade. É necessário, pois, a materialização das conjecturas teóricas, o que se dá por meio de mecanismos concretos que garantem a efetividade dos deveres emanados da boa-fé objetiva.

Aliás, a efetividade é característica marcante do direito contemporâneo. Assim, pelo princípio da efetividade designa-se o postulado de que as normas jurídicas dotadas de eficácia formal, e também os princípios, devem ser efetivamente implementados no mundo fenomênico para o alcance da pretendida pacificação social. A construção teórico-científica dá lugar aos resultados práticos da aplicação do direito. Desta forma, reconhece-se que o direito é vocacionado à resolução de problemas concretos.

Vemos, por isso, a concepção do princípio da boa-fé objetiva como paradigma de conduta dirigente dos casos concretos. Somente com a aplicação do princípio da boa-fé objetiva é que iremos conhecer a sua verdadeira força normativa e as diretrizes constitucionais instauradas.

À luz dos argumentos expostos, constatamos a importância de uma construção jurisprudencial que valorize o princípio da boa-fé objetiva, principalmente no que tange às relações familiares. Apesar de ainda serem tímidas as referências expressas deste princípio nos julgados que versam sobre o direito de família, é de se notar uma

significativa evolução na utilização de valores e princípios coligados, até mesmo como desdobramentos da própria boa-fé objetiva, dentre os quais podemos citar a afetividade, a solidariedade, a convivência familiar, a colaboração, o respeito, a co-responsabilidade, a confiança, dentre outros.

Nesse diapasão, a família não mais se identifica como um modelo fechado e imposto pelo Estado a partir de interesses econômicos e políticos. Ao contrário, vemos um direito de família construído passo a passo, tendo como base certos valores, diretrizes e princípios jurídicos, dos quais destacamos a boa-fé objetiva. Sob a égide de um sistema aberto e flexível, cabe ao intérprete modelar os preceitos normativos e principiológicos no caso concreto.

Diante destas constatações, buscaremos esboçar alguns dos mecanismos jurídicos de efetivação da boa-fé objetiva no direito de família.

#### ***5.5.1 A boa-fé objetiva como fundamento para a vedação ao enriquecimento sem causa ou ilícito no direito de família***

Desde o Direito Romano, com base em regras de equidade, foi desenvolvida a visão de que a ordem jurídica não pode compactuar com o acréscimo patrimonial de alguém que não tenha dado causa legítima para tanto. Trata-se do princípio que veda o enriquecimento sem causa ou ilícito, configurado na situação em que uma das partes da relação jurídica aufere benefício patrimonial, em detrimento da outra, que experimenta prejuízo, inexistindo qualquer causa que justifique esta situação (enriquecimento sem causa), ou, ainda, sendo esta causa ilícita (enriquecimento ilícito).

De acordo com a concepção de enriquecimento sem causa ou ilícito estampada no *caput* do art. 884 do Código Civil de 2002, “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.” Com base no referido dispositivo legal, pode-se dizer que há enriquecimento ilícito quando alguém, a expensas de outrem, obtém vantagem patrimonial sem causa, ou esta é injusta, isto é, sem que tal vantagem se funde em dispositivo de lei ou em negócio jurídico anterior. Assim, são necessários os seguintes elementos: a) *enriquecimento* de alguém; b) o *empobrecimento* de outrem; c) o *nexo de causalidade* entre o enriquecimento e o empobrecimento; d) a *falta de causa* ou *causa injusta*.<sup>228</sup>

Dessa maneira, como resultado do enriquecimento ilícito ou sem causa, temos o dever de restituição da coisa certa ou determinada a quem de direito, ou na impossibilidade material de devolução específica do bem, a restituição deve se pautar no equivalente em dinheiro, feita a atualização dos valores monetários.

Pois bem, feitas as considerações gerais acerca do mencionado instituto jurídico, verifica-se que o princípio que veda o locupletamento injustificado encontra fundamento nos deveres impostos pela boa-fé objetiva. Pode-se dizer, em outras palavras, que a violação à boa-fé objetiva pode ser caracterizada como uma hipótese de enriquecimento ilícito ou sem causa.

Para tanto, o princípio da boa-fé objetiva não se mostra como uma regra isolada e desconexa do sistema. Diversas são as vezes que, para a sua adequada e correta concretização, a boa-fé objetiva se socorre de institutos coligados com origens e

---

<sup>228</sup> Gomes, Orlando. *Obrigações*. rev, atual. e aum. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 295. Vale ressaltar, contudo, o teor do enunciado n.º. 35 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 2002: “a expressão *enriquecer à custa de outrem* do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento.”

fundamentos comuns. É exatamente a interligação com outras regras jurídicas que faz com que a boa-fé objetiva seja materializada de uma forma adequada.

Denota-se, assim, uma articulação coordenada com outras normas, visando à produção de efeitos jurídicos concretos que estejam em harmonia com os fins delineados em valores e princípios gerais. É por isso que muitas vezes a concretização da boa-fé objetiva virá contornada por regras de diversos setores, como, por exemplo, da responsabilidade civil, da mora, da resolução contratual, da aplicação de multa para as obrigações de fazer e não fazer, do abuso de direito, e, por fim, do próprio enriquecimento ilícito ou sem causa.

É imperioso, neste aspecto, atentarmos para as palavras de Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco:

*“E constitui modelo a boa-fé porque, para a sua correta aplicação, não pode o juiz prescindir da articulação coordenada de outras normas integrantes do ordenamento, compondo-as numa unidade lógica de sentido. É preciso recorrer, exemplificativamente, às regras da mora, ou da resolução contratual, ou da responsabilidade civil, ou do adimplemento, ou a tópicos integrantes do direito legislado, como o da ‘utilidade da prestação’ para o credor, ou o que consagra o poder do juiz de reduzir a cláusula penal, ou às regras da exceção de contrato não cumprido e ainda as do abuso de Direito, ou a outros princípios ou diretrizes, expressos ou implícitos no ordenamento, como a moralidade e razoabilidade ou a solidariedade social, ou, enfim, aos cânones de interpretação e integração do contrato, para lograr uma adequada concreção do princípio – adequada porque viabilizadora da inserção, no ordenamento, na nova solução alcançada por via jurisprudencial, e porque afastada do puro e simples voluntarismo judicial.”<sup>229</sup>*

---

<sup>229</sup> Martins-Costa, Judith; Branco, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 198.

Como se pode perceber, também no direito de família a boa-fé objetiva muitas vezes é concretizada por meio de outras regras jurídicas, e cabe aqui ressaltar a importância da proibição do enriquecimento ilícito ou sem causa para este fim. Assim, é possível que a preservação dos deveres de probidade, lealdade e de colaboração intersubjetiva se dê com a invocação do princípio da proibição do enriquecimento ilícito ou sem causa.

Podemos citar, em primeiro lugar, o concubinato impuro ou adúltero, em que um dos companheiros é casado, mantendo, paralelamente ao seu casamento, um lar concubinário. Como vimos, seguindo o teor da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, para que não haja locupletamento indevido, por exemplo, da esposa do companheiro infiel, que poderia se enriquecer com trabalho ou colaboração da companheira, deve-se, na dissolução judicial, reconhecer a existência da sociedade de fato, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Nas palavras de Álvaro Villaça Azevedo, “ainda que ilícito o relacionamento adúltero, não se justifica, por exemplo, que a esposa do companheiro se enriqueça com o trabalho e a colaboração da companheira desse esposo infiel.”<sup>230</sup>

Da mesma forma, em relação às várias decisões jurisprudenciais que tratam da união homoafetiva como sendo uma espécie de sociedade de fato, deve haver a partilha do patrimônio amealhado com o esforço comum, quando dissolvida essa sociedade, seja por separação, seja por morte. A alternativa encontrada por esta corrente jurisprudencial

---

<sup>230</sup> Azevedo, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 281. Neste sentido, tem-se a decisão a seguir: “Concubinato. Partilha de bens. Concubino casado. O fato de ser o concubino casado com outra mulher, não elimina o direito da companheira de receber, depois do falecimento dele, parte do patrimônio que ajudou a formar. Precedentes deste tribunal. Recurso conhecido e provido.” (Superior Tribunal de Justiça, REsp. 98096/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, publicado em 07.10.96).

visa a evitar o enriquecimento sem causa, por exemplo, no caso de morte dos familiares do companheiro falecido.<sup>231</sup>

De outra parte, vislumbra-se também a boa-fé objetiva sob o prisma da vedação ao enriquecimento sem causa, em decisão judicial que determina o pagamento de metade do aluguel de imóvel comum que tenha ficado na posse de apenas um dos ex-cônjuges separados judicialmente, enquanto não houver a partilha de bens ou até que o bem seja alienado. Destarte, o fato de apenas um dos cônjuges usufruir o bem comum representa, outrossim, um injusto enriquecimento de sua parte, o que seria, em última análise, atentatório ao princípio da boa-fé objetiva.<sup>232</sup>

---

<sup>231</sup> A este respeito, segue decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Sociedade de Fato. Homossexuais. Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos previstos no art. 1.363 do Código Civil. Responsabilidade Civil. Dano moral. Assistência ao doente com AIDS. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com AIDS a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Art. 159 do CCivil. Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido.” (REsp. nº. 148897 – MG, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, publicado em 06.04.98). Devemos ressaltar, contudo, entendimento contrário, com o qual compartilhamos, que entende se tratar a união homoafetiva de espécie de entidade familiar constitucionalmente protegida. Nos dizeres de Paulo Luiz Netto Lôbo, as uniões homossexuais são entidades familiares constitucionalmente protegidas “quando preencherem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e tiverem finalidade de constituição de família.” Assim, a norma de inclusão do art. 226 da Constituição Federal apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões. (*Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 68). Nestes termos, atente-se para decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “União estável homoafetiva – direito sucessório – analogia. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal, fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria.” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Embargos infringentes nº. 70003967676, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Maria Berenice Dias, julgado em 03.05.03).

<sup>232</sup> Nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Ação de arbitramento de aluguel. Imóvel pertencente ao casal. Separação judicial sem partilha de bens que ficou relegada para momento posterior. Uso do imóvel comum por apenas um dos cônjuges. Direito à indenização a partir da citação. Ocorrendo a separação do casal e permanecendo o imóvel comum na posse exclusiva do varão, é de se admitir a existência de um comodato gratuito, o qual veio a ser extinto com a citação para a ação promovida pela mulher. Daí ser admissível, a partir de então, o direito de a co-proprietária ser indenizada pela fruição exclusiva do bem comum pelo ex-marido. Precedente da eg. Segunda Seção: ERESP 130.605/DF, DJ de 23.04.2001. Recurso especial conhecido pelo dissídio e parcialmente provido apenas para fixar a citação como termo inicial do retributivo devido à autora.” (REsp. 1998/0043049-0, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 04.04.2002).

Neste sentido, à luz da boa-fé objetiva, também poderá configurar a situação de enriquecimento sem causa a prolongação do regime de bens do casamento após a separação de fato do casal até que seja feita a separação judicial ou o divórcio. A rigor, considerar comum um bem que foi adquirido após a separação de fato do casal, mesmo que ainda, nos termos estritos da lei (art. 1.576 do Código Civil), não tenha cessado o regime de bens, é contrariar os ditames da boa-fé, tendo em vista que o bem foi adquirido sem a colaboração recíproca dos consortes. Em certa medida, cessada a convivência, não há mais a mútua cooperação inerente à vida comum, o que resulta na incomunicabilidade patrimonial.<sup>233</sup>

É de se ponderar, todavia, que todas as hipóteses aqui tratadas devem ser vistas na qualidade de exemplos, haja vista não representarem as únicas situações de enriquecimento sem causa do direito de família. Muitos outros casos poderão surgir, exigindo-se, para uma análise mais profunda, que seja conduzida a discussão para o âmbito de aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

Em síntese estreita, a negação ao enriquecimento sem causa, tendo por consequência a determinação de restituição da vantagem, visa a punir aquele que infringiu os deveres atinentes à boa-fé objetiva no direito de família e causou prejuízo à pessoa a quem devia lealdade e respeito em decorrência de vínculos familiares. Por outro lado, resguarda e restabelece a situação daquele que ficou prejudicado em razão de uma determinada relação familiar.

---

<sup>233</sup> Nessa linha de idéias, as lições de Maria Berenice Dias: “O regime de bens começa a vigorar na data do casamento (CC 1.639 §1º). Apesar do que diz a lei, é necessário reconhecer que o casamento acaba quando cessa a vida em comum, quando do fim da convivência. Ainda que diga o legislador que (CC 1.575) *a sentença de separação judicial importa a partilha* e que (CC 1.576) *a separação judicial põe termo ao regime de bens*, é a separação de fato que marca o fim da solidariedade familiar, não mais se justificando a manutenção do regime de bens.” (*Manual de direito das famílias*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 193). Também nesse sentido é a decisão a seguir: “Apelação. Declaração de direito sobre a totalidade de bem imóvel. Admissibilidade. Aquisição efetuada quando as partes já se encontravam separadas de fato. Ausência de contribuição direta da virago no pagamento das parcelas do financiamento. Recurso desprovido.” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº. 344.285.4/3, Rel. Des. Sergio Gomes, julgado em 27.02.07).

### 5.5.2 A inobservância da boa-fé objetiva como causa para o dever de indenizar no direito de família

Após a verificação da boa-fé objetiva sob os contornos da vedação ao enriquecimento sem causa, passamos a analisar a sua concretização no direito de família mediante o campo da responsabilidade civil.

Em sentido amplo, a noção de responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos. Pode-se inferir, dessa forma, que a responsabilização é meio e modo de exteriorização da própria Justiça e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar o outro.<sup>234</sup>

No tocante à responsabilidade civil, parte-se da idéia de se impor a alguém a obrigação de reparar os prejuízos causados a outrem, em razão de determinado comportamento. Com efeito, impõe-se um dever indenizatório justamente em razão de um comportamento humano violador de um dever jurídico. Assim, a responsabilidade civil resulta da reparação dos danos causados à vítima com vistas ao restabelecimento de uma situação de equilíbrio que foi rompida por meio da violação de um dever jurídico.<sup>235</sup>

---

<sup>234</sup> Stoco, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 90.

<sup>235</sup> Na lição de José Aguiar Dias, “o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil. Seu fundamento deveria, pois, ser investigado em função daquele interesse, que sugere, antes de tudo, o princípio da prevenção, sem excluir, naturalmente, outros princípios, que o completam. Encontra-se, portanto, em suas raízes, a razão primeira da responsabilidade penal e da responsabilidade civil.” (*Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev., atual. e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55 – 56).

Deve-se ressaltar, contudo, que este desequilíbrio é causado pela ação ou omissão humana, que pode ser lícita ou ilícita. De fato, ocorrerá o dever de indenizar quando ficar caracterizado o ato ilícito descrito no art. 186 do Código Civil, que é baseado na idéia de culpa em sentido amplo, o abuso de direito previsto no art. 187, e também haverá tal dever para aquele que, a despeito de praticar um ato considerado lícito, causar um dano na esfera jurídica de outrem. Nesta última hipótese, mesmo que a ação ou omissão seja desvinculada da idéia de culpa, surge a obrigação de indenizar em razão da configuração de situação descrita na lei impondo o dever reparatório, como ocorre, por exemplo, na responsabilidade civil fundada na idéia do risco da atividade (art. 927, parágrafo único do Código Civil).<sup>236</sup>

Vale dizer que a conduta humana geradora da responsabilidade civil pode vir a violar a norma jurídica ou não. O dever de indenizar não recai tão-somente sobre aquele que violou frontalmente uma norma específica, mas sim, em uma visão mais ampla, sobre aquele que violou um dever jurídico de não causar dano a alguém. O descumprimento deste dever jurídico pode se dar mediante a configuração do ato ilícito previsto nos artigos 186 e 187 (responsabilidade civil baseada na culpa – responsabilidade subjetiva) ou de um ato lícito descrito na lei como determinante para ensejar a reparação do prejuízo (responsabilidade civil desvinculada da culpa – responsabilidade objetiva).<sup>237</sup>

---

<sup>236</sup> Art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” Art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Parágrafo único: “Haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente da idéia de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

<sup>237</sup> Corroborando com o nosso pensamento, os ensinamentos de Maria Helena Diniz: “Há atos que, embora não violem a norma jurídica, atingem o fim social a que ela se dirige, caso em que se têm os atos praticados com abuso de direito, e, se tais atos prejudicarem alguém, ter-se-á o dever ressarcitório. Deveras, a obrigação de indenizar dano causado a outrem pode advir de determinação legal, sem que a pessoa obrigada a repará-lo tenha cometido qualquer ato ilícito. A ação consubstancia-se num ato humano do próprio imputado ou de terceiro, ou num fato de animal ou coisa inanimada.” (*Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 7, p. 37).

Desta feita, à margem das diversas discussões doutrinárias acerca dos aspectos determinantes para o surgimento do dever de indenizar, reconhecemos que os elementos a seguir constituem a base elementar da responsabilidade civil: a) a ação ou omissão do agente, a qual nem sempre representa um ato ilícito (art. 186 e 187 do Código Civil) ou contraria norma específica, haja vista a responsabilidade pela prática de conduta lícita baseada na teoria do risco da atividade (art. 927, parágrafo único do Código Civil); b) existência de um dano, de ordem patrimonial ou moral, o que significa ter havido um desequilíbrio provocado por uma conduta humana que ofendeu um bem jurídico de alguém; c) a existência de nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão praticadas.

Traçadas as premissas do dever de indenizar, denota-se uma considerável aplicação da responsabilidade civil nas relações intersubjetivas provenientes do direito de família, tanto naquelas que envolvem interesses patrimoniais, quanto nas relativas às questões personalíssimas ou existenciais. Em que pesem os entendimentos contrários, no sentido de não se admitir a pretensão reparatória no ambiente familiar, o que, segundo esta corrente, seria uma forma de monetizar relações de caráter eminentemente afetivo, na nossa visão, impõe-se, com base no novo modelo jurídico familiar, consolidado na solidariedade e na afetividade, que o rompimento de deveres inerentes aos relacionamentos familiares possa ser enquadrado como ilícito civil a ser indenizado.<sup>238</sup>

Assim sendo, os danos provenientes das relações formadas no universo familiar merecem reparação, da mesma forma que outros danos advindos de vínculos jurídicos de natureza diversa. É evidente, todavia, que o ressarcimento pressupõe a

---

<sup>238</sup> Com o mesmo pensar, Ana Laura González Poittevin: “O Direito pode e deve punir aquele que ocasiona dano a outrem; não há como ignorar o sofrimento apenas porque ele ocorreu no seio da família. Ao contrário, a dor decorrente de um dano causado por um ser amado é, com certeza, mais intensa do que a ocasionada por um terceiro. Se o direito pune este, com mais razão deve punir o primeiro.” (Dano moral e infidelidade. In: Madaleno, Rolf (coord.), *Ações de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 22 -23).

existência de um dano, quer ele aconteça na órbita patrimonial, por atingir bem integrante do patrimônio material de uma pessoa, quer ele advinha de um prejuízo moral, imaterial, por atingir valores ligados à personalidade da pessoa ofendida e, por certo, atingindo os atributos mais preciosos da vida humana, como a sua honra, seu nome, sua fama e a reputação social que a pessoa goza e desfruta no seu círculo social e familiar.<sup>239</sup>

Sem embargo da inexistência de norma específica regulando a responsabilidade civil nas relações familiares, vislumbra-se a total possibilidade de se enquadrar o ato ilícito do direito de família na regra geral do art. 186 e também na disciplina do abuso de direito previsto no art. 187, ambos do Código Civil.<sup>240</sup>

Nesta perspectiva, deve-se reconhecer que o ato ilícito no direito de família é sempre identificado por uma ação ou omissão de um dos membros do grupo familiar que causa no outro um dano ao seu patrimônio, ou, indo mais além, à sua personalidade e dignidade. O perfil solidarista da família contemporânea preconiza a solidariedade e a afetividade, de modo a oferecer a máxima garantia à pessoa humana e o pleno desenvolvimento de cada um dos componentes da família.

De fato, o sistema civil-constitucional impõe uma cláusula geral de tutela da pessoa humana em todas as espécies de relações intersubjetivas, fator que viabiliza a atuação dos devidos meios reparatórios nos diversos setores. Sobre o assunto, Maria Celina Bodin de Moraes expõe:

---

<sup>239</sup> Madaleno, Rolf. *Direito de família: aspectos polêmicos*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 138 – 139.

<sup>240</sup> O projeto de Lei nº. 6.960/2002, de autoria do Deputado Federal Ricardo Fiuza, em tramitação na Câmara dos Deputados, prevê a inclusão de um segundo parágrafo ao artigo 927 do Código Civil, com a seguinte redação: “Os princípios da responsabilidade civil aplicam-se também às relações de família.” Por outro lado, em relação à prática abusiva de direitos no âmbito do direito de família, Flávio Tartuce cita como exemplo: “A boa-fé objetiva também entra em cena nos casos que envolvem o reconhecimento de filhos, para atribuir eventual dever de indenizar àquele que agiu mal, em abuso de direito, ao imputar paternidade inexistente a outrem. Quem age assim também comete abuso de direito, por desrespeito à boa-fé objetiva, nos moldes do sempre invocado art. 187 do Código Civil em vigor.” (O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 35, p. 31, abr./mai., 2006).

*“Tendo como ponto de partida tal entendimento, decorre logicamente que a unidade do ordenamento é dada pela tutela à pessoa humana e à sua dignidade, como já exposto; portanto, em sede de responsabilidade civil, e, mais especificamente, de dano moral, o objetivo a ser perseguido é oferecer a máxima garantia à pessoa humana, com prioridade, em toda e qualquer situação da vida social em que algum aspecto de sua personalidade esteja sob ameaça ou tenha sido lesado.”<sup>241</sup>*

Tudo isso nos leva a concluir que a responsabilidade civil é a resposta concreta dada pelo sistema jurídico para as lesões oriundas das relações jurídicas de família que afrontem a dignidade e a personalidade do indivíduo em qualquer um dos seus aspectos. É desta forma, pois, que são protegidos os direitos da personalidade manifestados na órbita familiar. A promoção da personalidade se faz por meio de mecanismos jurídicos de reparação dos danos causados à imagem, ao nome, à integridade física e psicológica, à honra e à liberdade dos indivíduos no ambiente familiar.

Nessa ordem de idéias, a afetividade, o respeito, a preservação da confiança e das expectativas despertadas equivalem, no plano constitucional, à tutela da dignidade humana. Com esse espírito, Cristiano Chaves de Farias sintetiza:

*“Assim, o afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, constituída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que uma delas possa violar a natural confiança depositada por outra, consistente em ver assegurada a dignidade humana, assegurada constitucionalmente.”<sup>242</sup>*

---

<sup>241</sup> Moraes, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 182.

<sup>242</sup> Farias, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p 33.

Diante dessa amplitude, a boa-fé objetiva, da forma como já foi observado, impõe os deveres de lealdade, probidade, respeito, colaboração e cuidado entre as partes componentes do núcleo familiar, todos eles tendo por escopo, em última instância, a preservação do indivíduo na sua dignidade e personalidade. Portanto, qualquer medida que se destine a coibir, indenizar ou compensar os prejuízos e danos resultantes da violação de tais deveres jurídicos representa um progresso para a efetiva tutela da boa-fé objetiva no direito de família.

Por conseguinte, a partir do novo desenho familiar é possível estabelecer a estreita conexão entre o princípio da boa-fé objetiva, a reparação civil e a tutela da dignidade da pessoa humana. A boa-fé impõe deveres às partes a serem cumpridos em prol da proteção da condição humana em todos os seus aspectos. Em contrapartida, a culpa essencial para a configuração do ilícito civil decorre do descumprimento dos deveres impostos pela boa-fé. Neste sentido, a culpa restará configurada na inexecução de um dos deveres impostos pela boa-fé objetiva, do qual o agente poderia conhecer e observar.

Mostram-se oportunas, por ora, as palavras de Regina Beatriz Tavares da Silva:

*“Diante das lições antes vistas, podemos afirmar que culpa é a inobservância consciente de norma de conduta, com resultado danoso a outrem, objetivado pelo agente – dolo – ou não desejado por ele, mas previsível – culpa em sentido estrito. Desde logo, verifica-se a impossibilidade de eliminação da culpa nas relações de família. Como eliminar um conceito que trata do descumprimento das normas de conduta? Isto importaria na transformação dos deveres familiares em meras recomendações, na transmutação das normas jurídicas do*

*Direito de Família em regras de cunho puramente moral, cujas violações não gerariam qualquer consequência a seus infratores.*”<sup>243</sup>

Válido ressaltar, contudo, que a violação dos deveres jurídicos da boa-fé objetiva caracteriza a culpa necessária para a identificação do ilícito, mas isso não bastará para a resultante materialização do dever reparatório ou ressarcitório, na medida em que o dano patrimonial ou moral devem estar presentes. Assim, por exemplo, é insuficiente a simples violação dos deveres do casamento para ensejar a responsabilidade civil. A vítima deverá provar, para tanto, que a conduta ilícita do parceiro (descumprimento dos deveres conjugais) acarretou danos à sua personalidade, honra, integridade física, psicológica, dentre outros possíveis.<sup>244</sup>

É certo, então, que as diversas relações familiares são pautadas por um dever geral de cuidado no que se refere aos atributos da personalidade, cujo descumprimento é capaz de gerar a indenização por danos patrimoniais e morais. Em relação aos danos morais, frise-se, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.<sup>245</sup>

---

<sup>243</sup> Silva, Regina Beatriz Tavares da. A culpa nas relações de família. In: Delgado, Mário Luiz; Alves, Jones Figueiredo (coords.), *Questões controvertidas no direito de família e sucessões* – Série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2005, v. 3, p. 69.

<sup>244</sup> Conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Separação Judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento. 1. O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor. 2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação. 3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Cód. Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais.” (REsp. 37051 – SP, Rel. Min. Nilson Naves, publicado em 25.06.01).

<sup>245</sup> Cavalieri Filho, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 80. Ainda a este respeito, é importante mencionar que segundo § 1359 do BGB alemão, os cônjuges, no cumprimento das obrigações decorrentes da relação conjugal, devem responder um ao outro com o devido cuidado, o qual eles

O importante, destarte, é que a dor, o vexame, o sofrimento e a humilhação sejam conseqüências de uma conduta transgressora de deveres decorrentes da relação conjugal, do vínculo da união estável ou da relação paterno-filial. Assim, de um lado, a reparação do dano moral visa a compensar os dissabores causados ao ofendido por meio da satisfação proporcionada pela fruição da quantia recebida e, de outro, garante uma resposta da ordem jurídica à ofensa praticada, sancionando o ofensor, ao mesmo tempo que o inibe da prática de um novo ilícito. Além do caráter compensatório e punitivo do dano moral, a difusão da idéia de que um determinado comportamento é tido por ilícito, exatamente por atingir os direitos da personalidade de algum dos membros da família, acaba por retratar também um sentido educativo e preventivo que se reflete na sociedade.

Ademais, a boa-fé objetiva, sob a perspectiva da tutela da confiança, também é substrato material para o dever indenizatório resultante da violação injusta das expectativas despertadas. De fato, promessas não cumpridas e legítimas esperanças frustradas, também nas relações familiares, geram sofrimento, tristeza, vexame e humilhação, que dão ensejo ao dano moral indenizável, além da devida reparação patrimonial composta pelo dano emergente e pelo lucro cessante.

É neste contexto que se insere a paradigmática hipótese do rompimento do noivado e a conseqüente indenização pelo descumprimento da promessa de casamento, caso comumente admitido pela doutrina e jurisprudência como passível de reparação civil.

Seguindo a orientação de Inácio Carvalho Neto, para que se admita a indenização, tem-se exigido os seguintes requisitos: a) que a promessa de casamento tenha

---

costumam utilizar nos próprios interesses. Por outro lado, o mesmo dispositivo pressupõe que também a violação das obrigações na vida conjugal pode ensejar prerrogativas de indenização por perdas e danos (Schlüter, Wilfried. *Código Civil alemão* – Direito de família. Trad. de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 110).

emanado do próprio arrependido; b) que o arrependimento seja injusto; c) que a vítima tenha sofrido um dano; d) a possibilidade jurídica na realização do casamento.<sup>246</sup>

Portanto, a ruptura do noivado não legitima, por si só, a pretensão indenizatória. É certo, pois, que a tristeza e a frustração decorrentes do término de relacionamento afetivo somente ensejam a reparação por danos morais se comprovada a prática de ato ilícito do responsável pelo rompimento do noivado, de tal forma que a vergonha, a humilhação e os danos causados à integridade psicofísica da pessoa abandonada justifiquem a reparação.

Em suma, deve-se ficar demonstrado que o rompimento do noivado foi imotivado, prejudicial e ofensivo à imagem, à honra, e à integridade física e psicológica da parte prejudicada. O simples desenlace ou rompimento não faz nascer o dever de indenizar, até mesmo porque ninguém pode ser inibido a manter relacionamento amoroso ou até mesmo contrair matrimônio com outra pessoa, contra a sua vontade.<sup>247</sup>

De fato, o indivíduo que rompe o noivado às vésperas do casamento está no pleno exercício da sua liberdade de não se casar, devendo prevalecer a sua autodeterminação. Não obstante o reconhecimento desta liberdade, o seu exercício não pode chegar ao ponto de se tornar abusivo, atingindo, diretamente, a dignidade e a honra da pessoa abandonada.

Assim, a promessa de casamento revestida de seriedade e firmeza é uma manifestação de vontade que pode não gerar a absoluta obrigatoriedade de efetivação do

---

<sup>246</sup> Carvalho Neto, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 405.

<sup>247</sup> Sobre a questão, é entendimento predominante dos Tribunais: “Responsabilidade Civil. Casamento. Cerimônia não realizada por iniciativa do noivo, às vésperas do enlace. Conduta que infringiu o princípio da boa-fé, ocasionando despesas, nos autos comprovadas, pela noiva, as quais devem ser ressarcidas. Dano moral configurado pela atitude vexatória por que passou a nubente, com o casamento marcado. Indenização que se justifica, segundo alguns, pela teoria da culpa *in contrahendo*, pela teoria do abuso do direito, segundo outros. Embora as tratativas não possuam força vinculante, o prejuízo material ou moral, decorrente de seu abrupto rompimento e violador das regras da boa-fé, dá ensejo à pretensão indenizatória. Confirmação, em apelação, da sentença que assim decidiu.” (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação 2001.001.17643, 5ª Câmara Cível, Rel. Humberto de Mendonça Manes, julgado em 17.10.01).

vínculo conjugal, o que seria admitirmos o casamento contra a real vontade de um dos nubentes que se arrependeu da promessa anteriormente realizada, mas, de outra parte, gera determinados efeitos jurídicos. Vale dizer, tal promessa obriga aquele que desistiu a responder pelas conseqüências do seu descumprimento em nome da preservação da confiança e respeitados os ditames da boa-fé objetiva.<sup>248</sup>

No que se refere à extensão do dano indenizável, há os que entendem que só possam ser incluídas as despesas efetivamente realizadas em virtude do matrimônio acordado. Em que pese tal posicionamento, acompanhamos a visão de Maria Helena Diniz, que considera ressarcíveis não só os dispêndios feitos pelo noivo repudiado, mas também qualquer prejuízo moral, oriundo da quebra unilateral da promessa esponsalícia. Em relação aos danos patrimoniais, deverá a reparação abranger todas as despesas e obrigações que não teriam sido contraídas sem que houvesse a promessa de casamento. Deve englobar, portanto, despesas com o preparo dos documentos, com a preparação da cerimônia, com a viagem de núpcias, com a aquisição de moradia, dentre outras possíveis.<sup>249</sup>

Ocorre, todavia, que devemos desconsiderar a possibilidade do descumprimento da promessa gerar indenização por lucros “cessantes”, uma vez que qualquer conotação de ganho ou vantagem deve ser afastada da noção e compreensão de casamento. Logo, em se considerando a primazia dos vínculos afetivos da família, não há qualquer frustração de expectativa em torno daquilo que se iria ganhar com o matrimônio.

---

<sup>248</sup> Conforme o art. 1.591 do Código Civil português, a promessa de casamento é um contrato pelo qual, a título de esponsais, desposórios ou qualquer outro, duas pessoas de sexo diferente se comprometem a contrair matrimônio. Com base neste dispositivo legal, Eduardo Campos relata que no direito português só há promessa de casamento juridicamente relevante se ela é bilateral. (*Direito de família*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 149).

<sup>249</sup> Diniz, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 7, p. 182 – 183.

Esta visão “patrimonialista” do vínculo conjugal afronta por completo o modelo constitucional familiar.<sup>250</sup>

Vê-se, com todos os argumentos aduzidos, que o descumprimento dos deveres anexos da boa-fé objetiva, os quais se encontram insertos nos diversos vínculos familiares, desde que cause prejuízos de ordem patrimonial ou atinja alguma das esferas da personalidade humana, é suficiente para dar ensejo à pretensão indenizatória. Com efeito, focalizamos na existência de um dever geral de diligência, mútuo e recíproco entre os entes familiares, capaz de sintetizar a lealdade, o respeito, a colaboração e a confiança essenciais para uma relação jurídica familiar compatível com o padrão estabelecido no ordenamento jurídico atual.

Registre-se, por fim, que em um primeiro momento este dever geral de diligência possui um conteúdo moral não dotado de força e obrigatoriedade jurídica. Todavia, a boa-fé objetiva transforma o dever moral em um dever jurídico, cujo descumprimento faz nascer a responsabilidade civil. Desta maneira, a lealdade, o respeito, a colaboração e a confiança deixam o campo exclusivo da moral, tornando-se obrigações jurídicas dotadas de coercibilidade.

É de se ponderar, contudo, que não há qualquer mecanismo jurídico que seja capaz de criar no indivíduo, no aspecto subjetivo ou interno, um sentimento de afeto ou de respeito, obrigando-o a amar uma pessoa com quem tenha vínculos jurídicos familiares. Mas, conforme discurremos, não é do aspecto interno e psicológico que cuida a boa-fé objetiva, mas sim de deveres objetivos de conduta. A colaboração, a lealdade e o

---

<sup>250</sup> Neste sentido, observa Inácio de Carvalho Neto: “É de se anotar, entretanto, não ser indenizável a mera expectativa de enriquecimento com o casamento (os lucros cessantes). Imagine a hipótese de uma moça pobre com o casamento marcado com rapaz de posses, com regime de comunhão universal. Na última hora, este desiste do casamento, sem motivo justo. Não poderá ser computado no cálculo da indenização a expectativa que ela tinha de enriquecimento com o casamento.” (*Responsabilidade civil no direito de família*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 417). No mesmo sentido, Eduardo Espínola: “Não se nos figura ressarcíveis os lucros cessantes, relativos às vantagens econômicas esperadas do casamento, porque, em nossos costumes, não é o casamento um negócio, como outro qualquer, do qual possa surgir a expectativa de auferir lucros.” (*A família no direito civil brasileiro*. Atual. por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001, p. 45).

respeito, sob o prisma objetivo e alheio a qualquer sentimento interno, são posturas juridicamente exigíveis. Assim, mesmo que não se possa coagir alguém a agir dessa forma, a previsão de uma consequência jurídica para o caso de violação, assim como a responsabilidade civil, faz com que haja força jurídica no estabelecimento dos deveres familiares.<sup>251</sup>

---

<sup>251</sup> A hipótese de responsabilidade civil por abandono afetivo será tratada adiante no capítulo referente à boa-fé objetiva nas relações existenciais de família.

## **6. A BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES PATRIMONIAIS DE FAMÍLIA: O DEVER DE LEALDADE, DE PROIBIDADE E A TUTELA JURÍDICA DA CONFIANÇA**

Certos de que as relações jurídicas familiares geram diversos efeitos existenciais e patrimoniais, devemos, por ora, dar ênfase a estes últimos, analisando-os sob a perspectiva da boa-fé objetiva. Na esfera dos efeitos patrimoniais, a boa-fé objetiva assume a feição dos deveres de lealdade e de proibidade, além de garantir a tutela jurídica da confiança depositada reciprocamente entre as partes da relação familiar.

Os efeitos patrimoniais possuem como origem determinados direitos de conteúdo econômico pertencentes aos diversos institutos particulares do direito de família, como o casamento, a união estável, os alimentos, dentre outros. Ademais, as relações familiares que surtem efeitos patrimoniais muitas vezes traduzem estruturas jurídicas advindas de outros ramos do direito. Nestes termos, podemos citar o direito real de usufruto dos pais em relação aos bens dos filhos menores, o dever de alimentos como uma espécie obrigacional e o pacto de convivência como uma modalidade contratual. Não obstante a configuração de institutos jurídicos do direito patrimonial comum e até mesmo a possível interferência de normas jurídicas de outros departamentos nas relações jurídicas familiares, deve-se frisar que os vínculos do direito de família possuem uma natureza especial e características que lhes são próprias.<sup>252</sup>

---

<sup>252</sup> Sustenta Anderson Schreiber que em muitas relações de família há tão-somente uma relação negocial situada em um contexto de direito de família, de forma a não afastar, certamente, a incidência da cláusula geral da boa-fé objetiva aplicável nos negócios jurídicos em geral. Desta forma, conclui o autor: “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. 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,

Assim sendo, os direitos familiares patrimoniais não devem ser entendidos no mesmo contexto dos direitos patrimoniais comuns. Apesar do conteúdo econômico dos efeitos produzidos em algumas relações familiares, o lucro, a vantagem e a satisfação única de interesses particulares devem ser completamente afastados do universo da família contemporânea, que há muito deixou de ser vista como uma unidade de produção ou uma instituição de proteção do patrimônio adquirido.

Isso posto, os direitos familiares patrimoniais são atribuídos para a satisfação dos interesses da família de uma forma geral e, em especial, em atenção aos sujeitos que se encontram em uma posição jurídica de vulnerabilidade, como, por exemplo, os menores.<sup>253</sup>

Nesta perspectiva, a boa-fé objetiva, mesmo que na esfera patrimonial das relações jurídicas familiares, tem a função de manter um ambiente familiar privilegiado para a promoção da dignidade de seus membros. Ou seja, a solidariedade, a proteção mútua, o respeito e a consideração são atributos da família a serem atingidos não apenas nas relações existenciais do direito de família, mas também no que concerne aos vínculos de cunho patrimonial. Para tanto, a boa-fé objetiva deve, de um lado, impor deveres de conduta e, de outro, estabelecer conseqüências jurídicas para a hipótese de descumprimento de tais deveres, tudo em estrita consonância com o valor da dignidade da pessoa humana.

---

embora possa interferir na decisão do conflito concreto, não afasta, certamente, a incidência da cláusula geral em virtude da própria natureza da controvérsia.” (O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 452).

<sup>253</sup> Com proficiência, Roberto de Ruggiero afirma: “Compenetrados também do elemento do dever, os direitos familiares patrimoniais não são atribuídos ao indivíduo para satisfação de um seu interesse pessoal, mas sim de uma necessidade superior, ou seja: de uma necessidade da família. Não é ao marido individualmente, ou ao pai, que se atribui, por exemplo, o direito de administrar os bens da comunhão do dote ou do filho menor e de ter como próprios os rendimentos, mas a essas pessoas como chefes do consórcio familiar e com o fim de dar vida a esse organismo e promover a sua prosperidade e bem-estar.” (*Instituições de direito civil*. Trad. e atual. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 67).

É fundamental, portanto, que sejam preservadas a lealdade e a confiança nas prestações e direitos patrimoniais inerentes a uma relação de família. O que se observa, porém, é que a visão ora sustentada deverá ser desenvolvida e solidificada ao longo do tempo a partir de decisões que se enquadrem nessa linha de idéias.

De toda a sorte, analisaremos algumas situações concretas relacionadas aos efeitos patrimoniais das relações familiares sob o enfoque da boa-fé objetiva, sem, contudo, deixar de ressaltar que muitas outras hipóteses poderão surgir, tendo em vista a multiplicidade de efeitos possíveis e o dinamismo natural do direito de família. Assim sendo, o que se pretende é traçar uma diretriz aplicável a todas as espécies de relações patrimoniais familiares, desde que obedecidas, obviamente, as particularidades de cada caso.

### **6.1 A boa-fé objetiva na escolha e na alteração do regime matrimonial de bens**

Em um primeiro momento, entende-se por regime de bens o conjunto de regras que visa a disciplinar as relações patrimoniais entre os cônjuges, no que concerne à propriedade, disponibilidade, administração e ao gozo de seus bens. Em outras palavras, trata-se do “estatuto patrimonial” que começa a vigorar desde a data do casamento ou, conforme sintetiza Silvio Rodrigues, “[d]o estatuto que regula os interesses patrimoniais dos cônjuges durante o matrimônio.”<sup>254</sup>

---

<sup>254</sup> Rodrigues, Silvio. *Direito civil*. 27 ed. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6, p. 173. Deve-se também acrescentar que o Código Civil disciplina quatro espécies de regime de bens do casamento: a comunhão parcial (artigos 1.658 a 1.666); a comunhão universal (artigos 1.667 a 1.671); a participação final nos aqüestos (artigos 1.672 a 1.686) e a separação de bens (artigos 1.687 e 1.688).

Em todo casamento, faz-se necessária a existência de um regime de bens, sendo ele, como regra, livremente escolhido pelos cônjuges (art. 1.639 do Código Civil) ou, em determinadas situações, imposto na lei (art. 1.641 do Código Civil). Desta feita, salvo algumas exceções, os noivos podem deliberar o que quiserem e da forma que melhor lhes aprouver sobre os seus bens, conforme dispõe o *caput* do art. 1.639 do Código Civil: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.”<sup>255</sup>

Vigora, como regra, a plena liberdade aos futuros cônjuges para fazer as estipulações desejadas, de forma que, se os noivos não escolherem nenhum regime de bens, deixando de fazer o pacto antenupcial por meio de escritura pública, prevalecerá o regime de comunhão parcial (art. 1.640 do Código Civil).<sup>256</sup>

Em assim sendo, as partes não estão sequer condicionadas às sugestões legais. Em geral, não há qualquer imposição obrigatória de escolherem um dos regimes disponibilizados pelo legislador. Livres são os nubentes, podendo estabelecer um regime peculiar. Podem, livremente, por pacto antenupcial, promover a auto-regulamentação com relação aos bens particulares e ao que for adquirido durante o casamento. Pode ser adotado um regime e, com referência a determinados bens, elegerem outro.<sup>257</sup>

Nesse sentido, existe a possibilidade de se escolher o regime da separação total, estipulando-se, somente com relação a um bem presente ou futuro, o regime da

---

<sup>255</sup> Art. 1.641: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I – das pessoas que contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de 60 (sessenta) anos; III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.”

<sup>256</sup> No Código Civil Português também há a liberdade de estipulação no pacto antenupcial, desde que observados os limites impostos na lei: “Art. 1.698º: Os esposos podem fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos neste código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei.”

<sup>257</sup> Por conseguinte, podem os nubentes adotar um dos regimes previstos no Código Civil, combiná-los entre si criando um regime misto, bem como eleger um novo e distinto regime. Essa orientação é a mais difundida nas legislações de origem romana: França (art. 1.387 do Código Civil), Portugal (art. 1.096 do Código Civil) e Espanha (art. 1.315 do Código Civil). (Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. VI, p. 390).

comunhão. Do mesmo modo, nada impede que seja escolhido um regime para vigorar durante algum tempo, alterando-se para outro regime a partir de data certa ou evento incerto, como por exemplo, o nascimento dos filhos.<sup>258</sup>

É exatamente nesta autonomia de se estabelecer os efeitos patrimoniais do casamento que deve incidir o princípio da boa-fé objetiva. Apesar do art. 1.640 do Código Civil não fazer qualquer restrição à manifestação de vontade dos cônjuges, que são livres para estipular os efeitos patrimoniais do casamento, o dever das partes de agir com lealdade na escolha do regime de bens não pode ser esquecido, tanto no que se refere aos cônjuges entre si quanto na relação dos cônjuges com terceiros.

Ademais, nos termos do art. 1.655 do Código Civil, “é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei”, o que revela a obrigatoriedade do pacto antenupcial não contrariar preceitos de ordem pública ou disposição absoluta de lei, como, por exemplo: a cláusula que estabelece que o marido, mesmo que o regime de bens não seja o da separação, pode vender imóveis sem outorga uxória, contrariando o art. 1.647 do Código Civil; a cláusula que permitir a alteração da ordem de vocação hereditária em afronta direta ao art. 1.829 do Código Civil; ou, ainda, a convenção que ajustar a comunhão de bens, quando o casamento só podia realizar-se pelo regime obrigatório da separação de bens, em absoluta contrariedade ao art. 1.641 do Código Civil.<sup>259</sup>

Infere-se, daí, que a liberdade da manifestação de vontade do pacto antenupcial encontra limites em normas impositivas, de acordo com o que está disposto expressamente no art. 1.655 do Código Civil, sendo certa, de outra parte, a interferência de

---

<sup>258</sup> Dias, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 192 – 193.

<sup>259</sup> Estes exemplos são citados pela professora Maria Helena Diniz (*Código Civil anotado*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1.232 – 1.233). Ressalte-se, ainda, que o art. 257 do Código Civil de 1916 era mais específico nas limitações à manifestação de vontade no pacto antenupcial, *in verbis*: “Ter-se-á por não escrita a convenção, ou a cláusula: I – que prejudique os direitos conjugais, ou os paternos; II – que contravenha disposição absoluta da lei.”

outras hipóteses restritivas advindas de princípios gerais, como o da boa-fé objetiva e, sobretudo, dos deveres anexos de lealdade e de probidade.<sup>260</sup>

Diz-se, portanto, que a livre estipulação não pode ser feita de modo a prejudicar ou enganar um dos cônjuges ou até mesmo terceiros. É o dever de agir segundo a boa-fé objetiva que se sobrepõe ao livre querer das partes.

O que se constata, ainda, é a natureza contratual do pacto antenupcial, embora marcado por características especiais, próprias do direito de família. Trata-se, pois, de um negócio jurídico lavrado necessariamente por escritura pública, no qual os nubentes realizam livres estipulações quanto aos efeitos patrimoniais da futura união conjugal. Dessa forma, dada a sua natureza contratual, deverá incidir no pacto antenupcial a cláusula geral da boa-fé objetiva, prevista no art. 422 do Código Civil como uma das disposições gerais dos contratos. Ora, não restam dúvidas de que a boa-fé objetiva, expressamente prevista na lei para os contratos em geral, recebe o *status* de norma cogente, sendo nula qualquer cláusula ou convenção que a contrarie.<sup>261</sup>

Denota-se assim, por exemplo, que contraria a boa-fé objetiva e, por conseguinte, será inválida a cláusula disposta no pacto antenupcial estabelecendo que todos os bens adquiridos durante o matrimônio como fruto do trabalho de um dos cônjuges pertencerão ao outro com exclusividade, restando patente a condição prejudicial e desigual do primeiro. Nota-se, nesta hipótese, flagrante desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva,

---

<sup>260</sup> Vale mencionar, neste aspecto, as palavras de Lafayette Rodrigues Pereira: “Não é permitido inserir nos pactos antenupciais cláusulas e estipulações que repugnem à natureza e aos fins do casamento, ou que sejam contrárias aos bons costumes e aos princípios de direito que não podem ser alterados pela vontade das partes.” (*Direitos de família*. 1. ed. Campinas: Russel Editores, 2003, p. 142).

<sup>261</sup> Seguindo as lições de Caio Mário da Silva Pereira, “a natureza jurídica do pacto antenupcial é inequivocadamente contratual, e obrigatoriamente há de ser efetivada antes do casamento.” (*Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004, v. V, p. 208). Com o mesmo pensar, Denise Wilhelm Gonçalves: “Segundo a melhor doutrina, pacto antenupcial é um contrato solene e condicional, formalizado através de escritura pública, em que os nubentes declaram a qual regime de bens estarão submetidos. Solene, somente por escritura pública; condicional, só terá eficácia se o matrimônio se realizar (CC, art. 1.653).” (Regime de bens no Código Civil brasileiro vigente. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 5, n. 22, p. 116, fev./mar. 2004).

notadamente sob a ótica da mútua colaboração, lealdade e respeito recíprocos, valores que devem imperar em prol dos interesses da família como um todo. Novamente, é nítida a intenção de não transformar a família em um mecanismo jurídico destinado à satisfação de interesses puramente individuais, ressaltando, por outro lado, a solidariedade que deve existir entre os membros do grupo, tanto na esfera afetiva quanto na patrimonial. É, em outras palavras, o princípio da comunhão plena de vida que deve nortear o casamento.

A situação de sujeição patrimonial de um dos cônjuges em relação ao outro, estabelecida no pacto antenupcial, pode, no caso concreto, representar uma violação ao princípio jurídico da boa-fé objetiva. Nesse contexto, vislumbra-se que a boa-fé objetiva assume uma função de limitação aos direitos subjetivos, na busca da isonomia entre os cônjuges, corrigindo eventual abuso de direito cometido por uma das partes e evitando o enriquecimento indevido verificado com a dissolução do casamento.

Logo, a excessiva submissão econômica de um dos nubentes e a autorização para o enriquecimento indevido do outro são, sem dúvida, elementos a serem corrigidos no pacto antenupcial com fundamento na boa-fé objetiva. O trabalho de um dos cônjuges para a aquisição dos bens durante o matrimônio não pode ser totalmente desconsiderado, de tal forma que ele não usufrua, por ocasião da dissolução do vínculo conjugal, daquilo que efetivamente ajudou a construir durante todo o período que permaneceu casado.<sup>262</sup>

Por outro lado, recebendo a influência do direito comparado, o Código Civil de 2002 passou a admitir, em caráter excepcional, a alteração do regime de bens do

---

<sup>262</sup> A seguir, decisão do Superior Tribunal de Justiça prestigiando o esforço comum do casal na aquisição dos bens durante o matrimônio: “Civil e Processual. Inventário. Partilha de bens. Regime voluntário de casamento. Separação de bens. Pacto antenupcial. Imóvel registrado em nome do *de cuius* adquirido mediante permuta de patrimônio (cabeças de gado) formado pelo esforço comum do casal. Sociedade de fato sobre o bem. Direito à meação reconhecido. Prova. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. I – O regime jurídico da separação de bens voluntariamente estabelecido é imutável e deve ser observado, admitindo-se, todavia, excepcionalmente, a participação patrimonial pelo esforço comum, caso dos autos, em que uma das fazendas foi comprada mediante permuta com cabeças de gado que pertenciam ao casal. II – Impossibilidade de revisão fática, ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ. III – Recurso especial não conhecido.” (REsp. 286514/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, publicado em 22.10.07).

casamento, conforme disposição expressa do parágrafo 2º, do art. 1.639: “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.” Assim, a autonomia privada que antes estava adstrita à estruturação do regime de bens, é ampliada de modo a possibilitar a sua modificação posterior.

Nesse diapasão, pode-se dizer que para a alteração do regime de bens do casamento são necessários os seguintes requisitos: a) pronunciamento judicial; b) requerimento justificado de ambos os cônjuges; c) inexistência de prejuízo aos interesses de terceiros.<sup>263</sup>

Quanto a este último requisito, merece destaque a sua estreita correlação com o princípio da boa-fé objetiva e o dever das partes de agir com probidade e retidão nas manifestações de vontade oriundas do direito de família, evitando-se, dessa forma, a ocorrência de fraude em prejuízo de terceiros.<sup>264</sup>

Assim, pode-se preconizar que a boa-fé objetiva não apenas impõe deveres de conduta e restringe a atuação dos cônjuges entre si, mas também, nas suas relações perante terceiros que possam ter o seu patrimônio ou crédito atingido em razão da alteração do regime de bens. Aliás, de acordo com o enunciado nº. 113, aprovado na I Jornada de

---

<sup>263</sup> Em várias situações justifica-se o pedido de alteração de regime de bens, conforme as observações de Maria Berenice Dias: “A própria lei (CC 977) confere aos cônjuges um belo motivo para o pedido de alteração do regime de bens, uma vez que, no regime da comunhão universal, lhes é vedado constituir sociedade comercial. Pretendendo os consortes se tornar sócios, justifica-se o pedido. Do mesmo modo, a má administração dos bens comuns pode ensejar o pedido de alteração do regime, em vez do afastamento do cônjuge de tal mister (CC 1.663 § 3º). Com certeza, é mais traumático – por ser demanda litigiosa e depender de prova – buscar o afastamento coacto do consorte da administração dos bens do que alterar consensualmente o regime de bens.” (*Manual de direito das famílias*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 200).

<sup>264</sup> A seguir, decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “Regime de bens. Modificação inadmitida. Inicialmente, ainda que admitida a intenção de preservar o patrimônio adquirido com os esforços da família, a lei não foi promulgada para tornar o ilícito em lícito. Somado a isto, a suposta paternidade, caso confirmada, em nada altera os bens do casal de suplicantes, pois não há no ordenamento civil herdeiro de pessoa viva, daí porque os autores poderão dispor de seus bens como lhes convier, não tendo que dar satisfações aos filhos reconhecidos ou não. Independentemente da possibilidade ou não da alteração do regime, o pedido examinado está contaminado pela intenção de fraudar e de simular, motivo pelo qual o recurso deve ser improvido.” (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Ap. 16.151/2004, 17ª Câmara Cível, Relator Desembargador Raul Celso Lins e Silva, julgado em 17.02.2005).

Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 2002, “é admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade.”<sup>265</sup>

Com efeito, acompanhando o entendimento majoritário no sentido de se permitir a retroatividade da mutabilidade do regime de bens para os casamentos celebrados anteriormente à vigência do atual Código Civil, deve o juiz, independentemente da data de celebração do matrimônio, investigar a real intenção dos cônjuges com a pretendida alteração, fazendo-se necessário que o exercício desta faculdade estabelecida na lei seja controlado com vistas a impedir danos a qualquer das partes ou a terceiros.<sup>266</sup>

Em suma, a modificação do regime de bens deve atender aos anseios da família, sendo certo que qualquer prejuízo aos interesses de terceiros, ou, mesmo, ao interesse de um dos cônjuges, colocando-o em situação de extrema penúria ou em excessiva desvantagem, é suficiente para obstar o pedido. De fato, deve-se fomentar a lealdade e a colaboração recíprocas entre os cônjuges para que um não seja colocado em

---

<sup>265</sup> Em sentido contrário, Luiz Felipe Brasil Santos entende ser excessiva a cautela do mencionado enunciado: “Nesse contexto, parece-me excessiva a cautela recomendada no enunciado interpretativo do art. 1.639, aprovado ao ensejo da Jornada sobre o novo Código Civil, levada a efeito no Superior Tribunal de Justiça de 11 a 13 de junho de 2002, no sentido de que a autorização judicial para alteração do regime deva ser precedida de comprovação acerca da inexistência de dívida de qualquer natureza, inclusive junto aos entes públicos, exigindo-se ampla publicidade.” (Autonomia de vontade e os regimes matrimoniais de bens. In: Welter, Belmiro Pedro; Madaleno, Rolf Hanssen (coords.), *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 217).

<sup>266</sup> Sobre a mutabilidade do regime de bens, Francisco José Cahali afirma: “O pedido há de ser fundamentado, cabendo ao juiz verificar se a pretensão, embora conjunta, atende aos interesses da família, pois se em prejuízo de qualquer dos cônjuges ou dos filhos, deve ser a mesma rejeitada. E por prejuízo entenda-se impor a um dos cônjuges situação de miséria, ou extrema desvantagem patrimonial, e não apenas redução de vantagens ou privilégios. Assim, o fato de, pela mudança do regime, vir o cônjuge a ser privado de uma herança futura, mostra-se insuficiente à objeção, até porque só existiria expectativa de um direito.” (A Súmula nº. 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. In: *Revista do Advogado. Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 76, p. 30, jun./2004).

situação de extrema desigualdade em relação ao outro, o que, dependendo da situação, pode configurar um abuso de direito a ser limitado pelo princípio da boa-fé objetiva.

## **6.2 A boa-fé objetiva na partilha de bens realizada na dissolução da sociedade conjugal**

Em meio aos inúmeros problemas decorrentes da dissolução da sociedade conjugal e da partilha de bens, torna-se imperioso, inicialmente, fazermos uma breve análise acerca dos deveres previstos para os cônjuges no casamento. Segundo o art. 1.566 do Código Civil, “são deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento guarda e educação dos filhos; V – respeito e consideração mútuos.” No que tange às relações jurídicas patrimoniais de família, devemos ressaltar a mútua assistência, que deve ser entendida não apenas no plano afetivo e moral, mas também no aspecto material, e o dever de respeito e consideração mútuos, o que compreende o dever anexo de cooperação, relacionado com a boa-fé objetiva.

Vê-se, desta feita, a comunhão plena de vida estabelecida por meio do vínculo conjugal, o que pode representar, dentre outros aspectos, o cuidado com o cônjuge enfermo, o conforto em situações de adversidade, a participação nas dores e nas alegrias e a cooperação e o auxílio econômico, quando as circunstâncias o exigirem.<sup>267</sup>

Nesse sentido, o respeito, a consideração, a cooperação e a lealdade direcionam a união conjugal para o alcance dos valores constitucionais da preservação da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. O que é necessário entender, todavia, é

---

<sup>267</sup> Cahali, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 10. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 61.

que este paradigma hodierno de família não deve ser mantido apenas durante a constância da união, mas também que seus reflexos possam ser estendidos para o próprio ato de dissolução da sociedade conjugal e para os demais efeitos jurídicos dele resultantes. Assim, devemos considerar terminada a comunhão de vida, mas não o dever de conduta leal e solidária em todos os aspectos que envolvem a separação e o divórcio. Ainda que não seja possível obrigar os cônjuges a manterem entre si laços de afetividade, pode-se exigir, com base na boa-fé objetiva, que estes ajam de forma leal na dissolução do vínculo e na partilha dos bens.

Na partilha convencional de bens, realizada por ocasião da separação ou do divórcio consensual, ou ainda em momento posterior, o quinhão atribuído a cada cônjuge deve ser perfeitamente individuado, com a atribuição dos respectivos valores. Sob este aspecto, sabe-se que não necessariamente as partes destinadas aos cônjuges devem ter o mesmo valor, fator que não prejudica a homologação judicial ou a validade do acordo celebrado. Ocorre, contudo, consoante o parágrafo único do art. 1.574 do Código Civil, que “o juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.” Nesta hipótese, poderá o juiz cindir o pedido, deixando de homologar a partilha apresentada e homologando a separação consensual nos outros pontos ajustados.<sup>268</sup>

Efetivamente, a partilha, ainda que na forma consensual e sendo fruto da manifestação de vontade de ambos os cônjuges, pode mostrar-se inteiramente prejudicial para uma das partes ou para a prole, contrariando a lealdade, a mútua colaboração, a solidariedade e, em última instância, a própria boa-fé objetiva.

---

<sup>268</sup> Em se tratando de separação consensual lavrada por escritura pública (Lei 11.441/07), importante destacar, também com base no princípio da boa-fé objetiva, que o tabelião não poderá recepcionar declarações de vontade de caráter abusivo ou ilegal. Conforme as lições de Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa, “assim, verificada que certa cláusula é vedada por lei, deverá recusar-se a lavrar a escritura, ou, ao menos, suscitar a respectiva dúvida.” (*Escrituras públicas: separação, divórcio, inventário e partilha consensuais: análise civil, processual civil, tributária e notarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 122).

Não se pode afastar o poder da manifestação de vontade dos sujeitos que concordaram em realizar aquela partilha de bens, mas, de outra parte, não é possível deixar de observar a incidência obrigatória de princípios e normas jurídicas de caráter cogente. Assim, é razoável que o juiz verifique se os interesses dos filhos, desde que sejam crianças e adolescentes, estão sendo suficientemente preservados, por força do princípio de proteção integral (art. 227 da Constituição Federal). Por outro lado, a sobrevivência digna dos cônjuges deve ser analisada.

Nessa linha, não surge como incoerente, tendo em consideração o conceito de família contemporânea, e as circunstâncias do caso concreto, o reconhecimento da nulidade, pela inobservância dos deveres impostos pela boa-fé objetiva, da partilha feita em separação consensual contendo disposição na qual um dos cônjuges realiza doação da totalidade dos bens ao outro, sem reserva do mínimo necessário para a sua subsistência, nos mesmos moldes do que estabelece o art. 548 do Código Civil, em que é considerada “nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.”

Ademais, conforme os exemplos citados por Washington de Barros Monteiro, será ilícita a estipulação que determine a continuação da comunhão de bens após a dissolução da sociedade conjugal ou a administração, pelo marido, da meação pertencente à mulher. Isso se deve ao fato da dissolução do casamento levar ao término da incidência do dever de colaboração recíproca existente entre os cônjuges, de maneira que a interferência de um na esfera jurídica e patrimonial do outro pode representar uma ingerência não admitida pela ordem jurídica.<sup>269</sup>

---

<sup>269</sup> Monteiro, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. Atual. Regina Beatriz Tavares da Silva. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 210.

Da mesma forma, inerente à boa-fé objetiva, o dever de transparência a ser observado pelas partes no momento da declaração dos bens partilháveis, sendo considerada fraudulenta uma eventual omissão dolosa.<sup>270</sup>

De toda a sorte, vê-se a boa-fé objetiva como limite ao exercício de direitos. Assim, determinadas disposições de vontade podem representar o abuso de direito a que alude o art. 187 do Código, cabendo ao juiz reconhecer o seu caráter ilícito diante da limitação imposta pela boa-fé objetiva.

Em outras palavras, trata-se de, objetivamente, apreciar o exercício do direito para daí inferir se o comportamento do seu titular está em conformidade com a regra de conduta que a boa-fé objetiva representa.<sup>271</sup>

Portanto, os efeitos patrimoniais estabelecidos pelas partes em acordo de partilha de bens não podem derivar do exercício abusivo de um direito subjetivo que a lei lhes faculta. Assim, entender que a livre estipulação na partilha de bens é ilimitada e irrestrita, além de violar expressa disposição legal (art. 1.574, parágrafo único, do Código Civil), também desconsidera a obrigatória incidência do princípio da boa-fé objetiva e de todos os seus desdobramentos no âmbito constitucional, podendo acarretar, inclusive, uma ofensa aos direitos de menores e o afastamento da ordem central da tutela da dignidade da

---

<sup>270</sup> A este respeito, a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “Sobrepartilha. Omissão dolosa ou fraudulenta de bens no divórcio consensual. Recurso. Competência do TJ. Havendo omissão dolosa ou fraudulenta de bens, há que se proceder à sobrepartilha, procedimento cujo vínculo com a extinta relação conjugal é inegável. *In casu*, a competência para apreciar o recurso é deste TJ, por força do dispositivo no art. 106, II, c, da Constituição do Estado de Minas Gerais.” (DUV 262.722-2/00, Rel. Des. Hugo Bengtsson., publicado em 11.04.2003).

<sup>271</sup> Boulos, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006, p. 182. Mostram-se relevantes, também, as palavras de Cláudio Antônio Soares Levada sobre o abuso de direito: “Temos, em suma, que o critério da própria lei é o de prever, coercitivamente, que se atenda aos seus fins sociais. Desatendidos esses fins, e dependendo de cada caso concreto, poderá estar caracterizado o abuso de direito, e com ele o ilícito e a responsabilidade pelas conseqüências danosas do ato abusivo, posto que aquele que causa dano injusto a outrem pode ser compelido a repará-lo. Lembre-se que a reparação será possível não só quando o causador do dano tenha agido em desacordo com a lei e com a intenção manifesta de prejudicar terceiros, como também quando tenha desatendido aos fins sociais da lei, ainda que a atuação do agente se tenha adstrito ao limites aparentes de seu direito subjetivo.” (Anotações sobre o abuso de direito. In: Nery Júnior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade (coords.), *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v.11, p. 77).

pessoa humana. Neste caso, o princípio da boa-fé objetiva funciona como mecanismo de limitação aos direitos subjetivos das partes celebrantes, realizando um controle relativamente aos atos que compreendam exercício abusivo de direito.

### **6.3 A cláusula geral da boa-fé objetiva implícita ao contrato de convivência**

Antes de tecermos considerações acerca da boa-fé objetiva no contrato de convivência, devemos defini-lo como o instrumento escrito por meio do qual os participantes da união estável promovem regulamentações quanto aos efeitos patrimoniais da relação, ou, utilizando as palavras precisas de Francisco José Cahali, “o contrato de convivência apresenta-se como um instrumento apropriado para a auto-regulamentação dos reflexos patrimoniais decorrentes da união estável, reconhecendo, criando, modificando ou extinguindo direitos entre os companheiros.”<sup>272</sup>

De fato, o contrato de convivência conserva um espaço para os particulares ditarem as regras pertinentes aos interesses patrimoniais decorrentes da união estável. Trata-se, portanto, de uma manifestação da autonomia privada, entendida esta como o poder jurídico normativo conferido às partes para auto-regulamentar as suas relações jurídicas particulares, desde que obedecidos os limites impostos pela lei.<sup>273</sup>

Com efeito, não obstante a liberdade que os particulares possuem de convencionarem as regras jurídicas aplicáveis no âmbito dos direitos patrimoniais

---

<sup>272</sup> Cahali, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 203.

<sup>273</sup> Partindo dos ensinamentos de Luigi Ferri, a autonomia privada se diferencia da autonomia da vontade em razão desta última possuir uma conotação subjetiva ou psicológica. A autonomia da vontade representa o querer interno do sujeito de direitos, ou seja, a sua real vontade. Assim, a autonomia da vontade possui um conteúdo nitidamente voluntarista, trazendo para a própria manifestação da vontade a causa da produção de efeitos jurídicos. (*La autonomia privada*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, p. 38).

disponíveis oriundos da união estável, deve-se entender que o poder jurídico conferido às partes encontra determinadas restrições contidas no próprio ordenamento jurídico e nos princípios gerais de direito. Nesta linha, Álvaro Villaça Azevedo sustenta que o contrato escrito de convivência, para ter validade, “não pode contrariar os bons costumes, as normas de ordem pública e os princípios gerais de direito.”<sup>274</sup>

Sabe-se que, em razão do art. 1.725 do Código Civil, aplica-se às relações patrimoniais entre os conviventes, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Desta forma, equiparando-se ao regime matrimonial da comunhão parcial, ficam incorporados na meação do convivente os bens adquiridos a título oneroso durante a união, os bens adquiridos por fato eventual, as benfeitorias realizadas em bens particulares e os frutos dos bens comuns ou particulares (art. 1.660 do Código Civil).

Assim sendo, e não havendo estipulação em contrato escrito, os bens móveis e imóveis adquiridos, onerosamente, por um ou por ambos os conviventes, no período em que durar a união estável, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, pertencendo a ambos. Porém, por meio do contrato de convivência, as partes podem escolher outras regras patrimoniais da forma que melhor lhes aprouver.

Destarte, poderá o contrato de convivência estabelecer um regime patrimonial diverso. Por exemplo, é possível, por meio dele, afastar inteira ou parcialmente a participação de um dos conviventes do patrimônio adquirido a título oneroso durante a convivência. Por outro lado, pode-se adotar o regime da comunhão universal, ressaltando-

---

<sup>274</sup> Azevedo, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*: de acordo com o novo Código Civil – Lei 10.406, de 10.01.02. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 286. No mesmo sentido, Francisco José Cahali: “Assim, no contrato se admite a inserção de qualquer outra repercussão patrimonial estabelecida pelas partes, criando, modificando ou extinguindo direitos com conteúdo econômico, desde que respeitada a forma escrita para a sua celebração, e obedecidas as regras gerais do Direito das Obrigações e princípios inerentes ao Direito de Família, no qual se inclui a união estável.” (*Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 208).

se apenas que o contrato de convivência não é instrumento apto a transferir a propriedade de bens particulares entre os conviventes.<sup>275</sup>

A rigor, o contrato de convivência, guardadas as suas especificidades, é um ato jurídico movido pela autonomia privada e, como tal, é natural a incidência do princípio geral da boa-fé objetiva. Nesta perspectiva, a boa-fé objetiva é paradigma para as condições estabelecidas no pacto, de forma que os deveres de lealdade e de cooperação devem conduzir a manifestação de vontade das partes na realização do contrato. Qualquer condição que retire da relação jurídica a obrigatoriedade das partes de agirem de forma leal e cooperativa é tida por inválida. Aliás, para a própria caracterização da união estável como situação de fato, capaz de produzir efeitos jurídicos, é elementar o reconhecimento de um compromisso de lealdade e assistência mútua. Ou seja, não há união estável sem tais elementos, e qualquer ajuste contratual que exima as partes de tais deveres é considerado inválido.

Sob este enfoque, também deve ser analisada a questão da retroatividade do contrato de convivência que estabelece o regime da separação de bens. Ora, qualificar os bens adquiridos antes do ajuste contratual como bens particulares, *presumidamente* atingidos pelo regime patrimonial ulteriormente definido, significa, em certa medida, desconsiderar o esforço comum realizado pelos conviventes para a aquisição do bem, gerando, de outra parte, um enriquecimento indevido de um dos companheiros. Cabe aqui esclarecer, que a presunção de renúncia a direitos já constituídos é que deve ser combatida de acordo com a regra jurídica da necessidade de ser expressa a renúncia, confirmando, de um certo modo, os valores de transparência e lealdade consagrados pela boa-fé objetiva.

---

<sup>275</sup> Aliás, conforme a opinião de Francisco José Cahali, para a transferência de bens particulares entre os conviventes é “indispensável, quanto aos móveis, a tradição; quanto aos direitos, a identificação da sociedade no respectivo título ou contrato social; e, por fim, quanto aos imóveis, é imprescindível a escritura pública de ato translativo do domínio (doação, dação, permuta etc.), acompanhada do respectivo registro (CC, arts. 620, 675, 530, I, e 134, II; NCC, arts. 108, 1.227 e 1.245). (*Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 206).

Com efeito, não compartilhamos do entendimento de que o contrato de convivência jamais possa retirar bens já adquiridos de modo oneroso durante a união estável. Uma vez respeitados os limites impostos pela boa-fé objetiva e atendidas as normas de natureza cogente, admite-se que o regime de separação total em contrato de convivência incida sobre bens adquiridos anteriormente à celebração do pacto.<sup>276</sup>

O que não se admite, pois, é que a escolha pelo regime de separação total implique em uma renúncia de direitos dissimulada, afastando a presunção de comunhão parcial sobre os bens anteriormente adquiridos, de forma a prejudicar consideravelmente os interesses de uma das partes e atentar contra preceitos de ordem pública.

Trata-se, portanto, de uma violação aos interesses de uma das partes, que passa a se posicionar em uma situação excessivamente desvantajosa, muitas vezes até mesmo sem ter total consciência sobre os efeitos dos seus atos. Desta feita, a renúncia de direitos, dado o seu caráter restritivo, exige declaração expressa por escritura pública ou, eventualmente, por termo nos autos da dissolução da união estável, em consonância, inclusive, com o teor do art. 114 do Código Civil, que dispõe sobre a interpretação estrita dos negócios jurídicos benéficos e da renúncia de direitos.

Também, nesse sentido, os ensinamentos de Francisco José Cahali:

*“É uma previsão válida no contrato fazer retroagir seus efeitos ao patrimônio pretérito. Mas há de ser expressa nesse sentido. Caso*

---

<sup>276</sup> Rolf Madaleno entende que não é possível, no contrato de convivência, retirar bens já adquiridos de modo oneroso durante o período de relação estável. A seguir, a palavras do autor: “Portanto, se os cônjuges e conviventes, em princípio, podem estabelecer quantas disposições tenham por convenientes na administração e gestão de seus bens, esta liberdade de contratar deve ficar sempre dentro dos limites do próprio contrato, observados os princípios da boa-fé, da ética e da lealdade, e evitando o enriquecimento ilícito. Seria lícito qualquer regime novo que ampliasse a comunicação de bens, como a adoção, pelos ex-conviventes, em pacto antenupcial, da comunhão universal, em que trocam a comunhão parcial ou a total separação de bens por um regime que agregue novos bens, mas jamais que possa retirar bens já adquiridos de modo oneroso durante o período de relação estável que antecedeu à conversão em casamento ou a nova estipulação contratual.” (A retroatividade restritiva do contrato de convivência. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 7, n. 33, p. 157, dez./jan. 2006).

*contrário, a convenção só terá eficácia para obrigar as partes quanto aos bens futuros.*

*Não se pode presumir tenham as partes acordado quanto ao passado, se assim não o fizeram expressamente. Não haverá que se considerar 'renúncia' tácita por inexistir previsão legal que autorize esta disposição de direito.”<sup>277</sup>*

De toda a sorte, tomamos a hipótese da retroatividade dos efeitos patrimoniais do contrato de convivência para definir os possíveis contornos da boa-fé objetiva nesta espécie contratual. Obviamente, não se restringe a esta aplicação a eficácia do princípio jurídico da boa-fé objetiva no contrato de convivência. Diversas outras disposições de vontade de cunho patrimonial, contidas no pacto, devem ser direcionadas ao alcance dos objetivos propostos pelo mencionado princípio jurídico, notadamente na perspectiva dos deveres anexos de lealdade e de cooperação intrínsecos à relação jurídica familiar formada a partir da união estável.

Diante desse quadro, por exemplo, a boa-fé objetiva deve incidir sobre a cláusula que estabeleça a participação diferenciada em bens e direitos adquiridos na constância da união, a cláusula que determine o modo de administração dos bens, ou, ainda, a cláusula que estabeleça previamente critérios para a partilha de bens em caso de dissolução. Salientamos, mais uma vez, a preservação das expectativas geradas em razão da convivência e o dever de lealdade e de assistência recíproca extraídos do modelo atual da família, sem, contudo, retirar a força jurídica das manifestações de vontade dos particulares no universo do direito de família.

---

<sup>277</sup> Cahali, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 77.

#### **6.4 A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal e o princípio da boa-fé objetiva**

Outro caso a ser analisado sob o enfoque da boa-fé objetiva é o da comunicabilidade dos aqüestos nos casamentos celebrados sob o regime da separação obrigatória de bens. Em que pese haver posicionamento contrário, entendemos que para evitar o enriquecimento injustificado de um dos cônjuges no regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641 do Código Civil), deveriam se comunicar os bens adquiridos na constância do casamento, desde que haja a comprovação de que tal aquisição se deu por meio de esforço comum dos cônjuges.

Com efeito, parece-nos não estar com razão o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que, neste caso, não há a necessidade de se comprovar a participação efetiva para a aquisição dos bens adquiridos durante a união, uma vez que a convivência levaria à presunção absoluta do esforço comum.

Discorrendo sobre a Súmula 377 do STF, segundo a qual, “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, Paulo Luiz Netto Lôbo defende posicionamento, com o qual não compartilhamos: “A presunção de comunhão da Súmula é absoluta, não se admitindo discussão sobre terem sido adquiridos os bens com a participação efetiva ou não de ambos os cônjuges, apenas possível se se tratasse de sociedade de fato.”<sup>278</sup>

Assim, concordamos com o posicionamento diverso, que exige, nesta hipótese, a comprovação de que o bem foi adquirido por meio do esforço comum. A seguir, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

---

<sup>278</sup> Lôbo, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 300.

*“Inventário. Pretensão de herdeiro necessário à meação em numerário depositado. Regime da separação legal. Não aplicação da Súmula 377 do STF. Necessidade de comprovação, pela via autônoma, de que o bem foi adquirido por meio de esforço comum, de modo a operar, eventualmente, a comunicação. Agravo não provido.”* (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº. 373.874 – 4/9, Rel. Des. José Geraldo de Jacobina Rabello, julgado em 17.03.2005).

Também neste sentido a ementa de Francisco José Cahali:

*“Regime de separação obrigatória – Comunhão de aqüestos – Súm. 377 do STF – Inaplicabilidade diante do novo Código Civil, tendo em vista que o conteúdo do art. 259 do Código revogado deixou de ser renovado.”*<sup>279</sup>

Em outro estudo, o mesmo autor observa:

*“Sabida a nossa antipatia à Sumula, aplaudimos o novo sistema. E assim, não mais se admite a prevalência dos princípios da comunhão parcial quanto aos bens adquiridos na constância do casamento pelo regime de separação obrigatória (separação legal).”*<sup>280</sup>

Portanto, sustentamos a não sobrevivência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal no sistema estabelecido pelo Código Civil de 2002, o qual deixou de reproduzir a regra da legislação anterior que determinava a prevalência dos princípios do regime da comunhão para os bens adquiridos na constância do casamento (art. 259 do

<sup>279</sup> Cahali, Francisco José. *Família e sucessões no Código Civil de 2002: acórdãos, sentenças, pareceres, normas administrativas e projetos legislativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 148.

<sup>280</sup> *Idem*. A Súmula nº. 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. In: *Revista do Advogado. Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 76, p. 29, jun./2004.

Código Civil de 1916). Ademais, não há qualquer fundamento jurídico que justifique a aplicação de princípios jurídicos pertencentes a um determinado regime de bens ao outro, de conteúdo diverso.

Por outro lado, justifica-se a comunicabilidade dos bens adquiridos durante o casamento celebrado sob regime da separação obrigatória de bens quando houver a comprovação do esforço comum dos cônjuges para a aquisição, formando, desse modo, uma sociedade de fato sobre o patrimônio adquirido.

De qualquer forma, é válido ressaltar o intuito de se desestimular o enriquecimento indevido de um dos cônjuges em detrimento do outro que efetivamente contribuiu para a aquisição patrimonial, o que, mais uma vez, dizemos ser reflexo da aplicação da boa-fé objetiva desmembrada nos deveres de lealdade e de colaboração que devem existir entre os cônjuges, qualquer que seja o regime matrimonial adotado.

## **7. A INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA EM ALGUMAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS DO INSTITUTO DOS ALIMENTOS**

Certos da complexidade do instituto dos alimentos e da vasta gama de situações conflituosas que podem surgir neste campo, destacamos algumas questões a serem analisadas sob a perspectiva do princípio da boa-fé objetiva. Apesar da reconhecida profundidade dos temas escolhidos, buscaremos tão-somente enquadrar o princípio da boa-fé objetiva como elemento concreto a ser utilizado na solução de possíveis conflitos ocorridos nesta área do direito de família.

### **7.1 A permanência da situação de necessidade como forma de prolongar a obrigação alimentar e violar o princípio da boa-fé objetiva**

Como se sabe, o objeto da obrigação alimentar é uma prestação destinada à satisfação das necessidades de alguém, sendo certo que o seu montante é determinado por uma equação de proporcionalidade entre a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante, da forma como está consagrado no art. 1.694 do Código Civil. A obrigação de pagar os alimentos tem como origem um vínculo de parentesco, de casamento ou de união estável e está fundamentada no dever de solidariedade que deve imperar nas relações familiares.<sup>281</sup>

---

<sup>281</sup> Para corroborar, as palavras de José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz: “O dever de alimentos (art.396) correlaciona-se como uma relação de parentesco. Por essa razão, e

Desta forma, não pode surgir a obrigação alimentícia quando o beneficiário dela não precisar, tendo condições de manter-se sozinho. Nestes termos, dispõe o art. 1.695 do Código Civil: “São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.”

O que se pretende, por ora, é analisar aquelas situações em que o alimentando não tem, de fato, condições financeiras para se manter sozinho, mas que, por diversos fatores, não demonstra a intenção de abandonar essa situação de dependência, procurando, de forma propositada, prolongar a necessidade de recebimento dos alimentos.

A rigor, em relação aos filhos maiores, deixa de existir o dever alimentar decorrente do poder familiar, mas, por outro lado, pode surgir a obrigação alimentar, de natureza genérica, decorrente do parentesco, a qual se prolonga durante o período de estudos do filho ou até que ele tenha capacidade para manter a própria subsistência. A este respeito, a reiterada jurisprudência tem afirmado que a obrigação alimentar do pai não deve cessar diante da simples maioridade do filho, determinando a manutenção do encargo até o limite de 24 anos ou enquanto o filho estiver matriculado em curso de nível superior, desde que não disponha de meios próprios para a sua manutenção.<sup>282</sup>

O que não se admite, todavia, é a malícia empregada pelo filho em fazer perdurar a situação de necessidade, mesmo estando apto para o trabalho. Em se

---

particularmente por expressão da solidariedade familiar, a obrigação de alimentos tem o seu assento no Direito de Família. Trata-se, pois, de uma obrigação não autônoma cuja disciplina sofre influência de sua origem familiar.” (*Curso de direito de família*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1998, p. 13).

<sup>282</sup> É importante esclarecer que a necessidade de alimentos é absoluta em relação aos filhos menores sob o poder familiar e relativa quanto aos filhos maiores, cônjuges e companheiros, devendo haver prova da real incapacidade de manutenção de tais pessoas. Ademais, como salienta Luiz Felipe Brasil Santos: “De regra, a jurisprudência tem estabelecido como limite para que o filho possa continuar a receber alimentos a idade de 24 anos. Isso tomando como analogia as regras previdenciárias e tributárias, que fixam essa idade como termo final da dependência, e também por ser, na média, a faixa etária em que é concluído o curso universitário, para aqueles que logram lá chegar. Não há, é certo, rigidez nesse limite, devendo sempre ser cuidadosamente examinadas as circunstâncias específicas de cada caso, de modo a, por um lado, não incentivar o ócio nem, por outro, retirar meio de sustento de quem dele efetivamente necessita.” (A obrigação alimentar na perspectiva ética. In: Pereira, Tânia da Silva; Pereira, Rodrigo da Cunha (coords.), *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 07).

considerando a obrigatoriedade da verba alimentar destinar-se às necessidades da educação (art. 1.694 do Código Civil), este fato não pode ser utilizado para acobertar o comportamento do filho que há muito poderia ter terminado os seus estudos e iniciado a atividade profissional ou até mesmo aquele que poderia, sem qualquer prejuízo, conciliar os estudos com o exercício de alguma atividade remunerada.<sup>283</sup>

É nesse contexto que, segundo compreendemos, se insere a boa-fé objetiva. Na qualidade de princípio geral de direito, a boa-fé determina um modo de comportamento pautado no padrão ético de confiança e de lealdade. Ainda que não haja previsão expressa na lei, deve-se entender que não é dado a ninguém desfrutar do trabalho alheio, tendo plenas condições para manter o próprio sustento. Veda-se o enriquecimento indevido daquele que auferir rendimentos de outrem, sem que haja a real necessidade para tanto, uma vez que poderia, considerando determinadas razões materiais concretas, prover a sua própria subsistência. Esta visão deve se estender também para a obrigação alimentar decorrente do casamento e da união estável.

Para tanto, acompanhamos a orientação de Rolf Madaleno:

*“Portanto, é da essência de todo acordo de alimentos, ou de sua fixação judicial, que o credor realmente careça da pensão alimentar, como real necessitado, não dispondo de renda alguma como resultado de seu próprio trabalho. Ausente a dependência, por óbvio não mais se prorroga o direito a crédito alimentar, pois o destinatário da pensão*

---

<sup>283</sup> Podem ser citadas, dentre outras, as ementas a seguir: “Alimentos. Genitor portador de deficiência física. Alimentada com 18 anos apta para o trabalho. Fixação da pensão em 15% dos rendimentos do alimentante configura equilíbrio. Apelo provido” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 287.207-4/4-00, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Natan Zelinski de Arruda, julgado em 22.04.2004). “Família. Ação de Alimentos. Binômio possibilidade – necessidade. Alimentada maior de idade. Considerando que a prestação de alimentos está fundada no binômio necessidade e possibilidade da alimentante, observo que, neste particular, as possibilidades da alimentante são exíguas, capazes de satisfazer apenas suas próprias necessidades básicas e que a apelada, uma jovem de trinta e seis anos, saudável, não estaria na penúria se procurasse um trabalho ou aceitasse o convite de morar com a mãe. Recurso provido, por maioria.” (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Agravo de Instrumento 2002.01.1.007453-5, 1ª Turma, Relator Des. Hermenegildo Gonçalves, DJU 19.11.2003).

*guarda, por conduta moral e por princípio de direito, o dever de lealdade e da boa-fé, não apenas quando obtém a fixação judicial dos alimentos, mas também durante a prestação deles.*"<sup>284</sup>

Por tais razões, surge a idéia de alimentos transitórios, os quais garantem o fornecimento do auxílio material por um tempo determinado, apenas para que o alimentando consiga tomar providências para adquirir a sua independência financeira, liberando o devedor, ao final, do encargo assumido. Assim, os alimentos transitórios são fixados pelo juiz por um período predeterminado ou condicionam a verba alimentícia à ocorrência de um determinado fato, como, por exemplo, até que seja feita a partilha de bens do casal, até que o filho conclua a faculdade, ou, até mesmo, que o ex-cônjuge consiga voltar à atividade profissional, a qual fora durante muitos anos abandonada.

Uma vez alcançada a condição ou o termo projetados na sentença que fixa os alimentos transitórios, extingue-se, automaticamente e de plano, o direito alimentar, independentemente do ingresso de qualquer ação de exoneração ou de revisão, podendo o interessado pedir que, por ofício judicial expedido na primitiva ação de alimentos, cesse eventual desconto que ainda perdure, apenas pela falta de comunicação oficial. Pois bem, é exatamente por não se prolongar indefinidamente e por já ter um período predefinido de vigência, que os alimentos transitórios garantem a lealdade e a transparência preconizada pelo princípio da boa-fé objetiva.<sup>285</sup>

Logo, o dever de prestar alimentos está fundado na solidariedade familiar com vistas a alcançar a preservação da dignidade da pessoa humana. Busca-se, por

---

<sup>284</sup> Madaleno, Rolf. Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios. In: *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, n. 27. p. 77, out./dez.2004.

<sup>285</sup> Por outro lado, deve-se frisar que não se confundem os alimentos transitórios com os provisórios oriundos especificamente da Lei de Alimentos nº 5.478/68, e nem com os alimentos cautelares, denominados de provisionais, pois estes adiantam no tempo o deferimento liminar dos alimentos, com vigência oficial até a sua quantificação em sentença terminativa. (Madaleno, Rolf. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 208).

consequente, garantir a subsistência de quem não consegue sobreviver por seus próprios meios, em virtude de doença, falta de trabalho, longo afastamento da atividade profissional, idade avançada, ou qualquer outro fato que impeça a pessoa de trabalhar. Sendo o direito alimentar matéria carregada de interesse público, está o juiz autorizado a não homologar um acordo que não preserve suficientemente os interesses do credor, garantindo-se a sua integridade física e psíquica e, por outro lado, deve o juiz cuidar para que os alimentos sejam devidos a quem, de fato, se mostre necessitado.

Portanto, cabe ao juiz verificar: se o *quantum* fixado é suficiente para garantir a sobrevivência digna do alimentando; se a verba alimentar é proporcional às possibilidades do alimentante; se o alimentando está em situação real de necessidade que justifique a sua dependência econômica; se o alimentando não tem condições de, por si só, obter os rendimentos destinados à sua manutenção. Terão de ser considerados todos esses aspectos sob o prisma da boa-fé objetiva, sustentada no dever de lealdade e de colaboração, que pode se prorrogar, inclusive, após a dissolução do casamento e da união estável, e que gera, por seu turno, a proibição ao enriquecimento indevido de uma das partes em prejuízo da outra.

## **7.2 A irrenunciabilidade alimentar e a boa-fé objetiva**

Apesar da grande polêmica existente sobre o assunto, antes do início da vigência do atual Código Civil, em linhas gerais, afigurava-se legítima a renúncia do direito alimentar decorrente do casamento ou da união estável, desde que o cônjuge ou o convivente declarasse expressamente que tinha capacidade de prover a sua própria subsistência. Dessa forma, prevalecia o entendimento de se distinguir os alimentos

oriundos do parentesco, dos alimentos provenientes do casamento e da união estável, de forma a se admitir, somente para estes últimos, a regra da renunciabilidade.

Assim, a despeito do teor da Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal, a qual não admite a renúncia aos alimentos no acordo de desquite, a partir da Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), grande parte da jurisprudência passou a sustentar a possibilidade de renúncia dos alimentos em acordo de separação judicial. Desta feita, a Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal não prevalecia na maioria das decisões jurisprudenciais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, de modo que a cláusula de renúncia era tida como válida e eficaz, gerando, por conseqüência, a impossibilidade de o cônjuge renunciante voltar a pleitear os alimentos.<sup>286</sup>

Como bem acentua Rolf Madaleno, a tese, então em voga, baseava-se na inexistência de parentesco entre os cônjuges, viabilizando a sua pacífica renunciabilidade judicial. A rigor, os alimentos irrenunciáveis do Código Civil de 1916 eram aqueles destinados ao âmbito das relações de parentesco, enquanto a lei divorcista cuidava dos alimentos derivados do casamento. Portanto, o não exercício dos alimentos pelo cônjuge que desistia ou renunciava expressamente aos alimentos com a sua separação, importava abdicá-los também para o futuro, mesmo se perdesse o seu emprego, se os seus bens fossem dilapidados ou se abandonasse a sua atividade remunerada.<sup>287</sup>

Na contramão da consolidada construção doutrinária e jurisprudencial, o Código Civil de 2002, no art. 1.707, reescreve a irrenunciabilidade dos alimentos, assim dispondo, *in verbis*: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.” Não fazendo qualquer ressalva ou distinção acerca da origem do direito alimentar, o

---

<sup>286</sup> Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal: “No acordo de desquite, não se admite renúncia dos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais.”

<sup>287</sup> Madaleno, Rolf. Renúncia de alimentos. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 6, n. 27, p. 149, Dez./Jan., 2005.

legislador acabou por generalizar a impossibilidade de renúncia, o que representa, em certa medida, um retrocesso capaz de gerar uma insegurança jurídica totalmente incompatível com o direito de família atual.<sup>288</sup>

Nessa perspectiva, o legislador estabeleceu a possibilidade do ex-cônjuge ou do ex-companheiro poder vir a pleitear alimentos do outro a qualquer momento após a separação ou a dissolução da união estável, colocando-o em uma situação indeterminada de vulnerabilidade em relação à vontade do antigo consorte que se diz necessitado. Ou seja, podemos dizer que durante toda a vida o ex-cônjuge ou o ex-companheiro estará sujeito a pagar alimentos ao outro, o que contraria a confiança e a segurança despertadas por ocasião da separação ou da dissolução da união estável.<sup>289</sup>

De fato, a boa-fé impõe às partes os deveres objetivos de lealdade e de cooperação, os quais são mantidos até mesmo após o rompimento da união. Deve-se observar, todavia, que estes deveres não podem ser tão amplos a ponto de levar à total retirada de eficácia jurídica das manifestações de vontade no direito de família, sobretudo

---

<sup>288</sup> Mesmo após a vigência do Código Civil de 2002, há decisões que mantêm a validade e a eficácia de cláusula de renúncia a alimentos constante em acordo de separação judicial: “Direito civil e processual civil. Família. Recurso especial. Separação judicial. Acordo homologado. Cláusula de renúncia a alimentos. Posterior ajuizamento de ação de alimentos por ex-cônjuge. Carência de ação. Ilegitimidade ativa. A cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação devidamente homologado, é válida e eficaz, não permitindo ao ex-cônjuge que renunciou, a pretensão de ser pensionado ou voltar a pleitear o encargo. Deve ser reconhecida a carência da ação, por ilegitimidade ativa do ex-cônjuge para postular em juízo o que anteriormente renunciara expressamente. Recurso especial conhecido e provido.” (Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp. 701.902-SP, rel. Min. Nancy Andrigui, julgado em 15.09.2005, votação: por unanimidade, dar provimento ao recurso, publicado em 03.10.2005). É importante também acrescentar o Projeto de Lei nº. 6.990/02, de autoria do Deputado Ricardo Fiuza, em tramitação no Congresso Nacional, alterando, dentre outros dispositivos, o art. 1.707 do Código Civil: “Tratando-se de alimentos devidos por relação de parentesco, pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar ao direito a alimentos. Parágrafo único: O crédito de pensão alimentícia, oriundo de relação de parentesco, de casamento ou de união estável, é insuscetível de cessão, penhora ou compensação.”

<sup>289</sup> Importante, neste aspecto, a observação de Francisco José Cahali: “Considerando o atual estágio da doutrina e da jurisprudência, o encerramento definitivo do vínculo conjugal por meio do divórcio, e promovendo-se interpretação mais literal do art. 1.704, parece-nos razoável sustentar que a possibilidade de busca dos alimentos no rompimento matrimonial encontra seu limite no divórcio das partes, permitindo-se o exercício da pretensão apenas pelos separados judicialmente (e, não, divorciados), se não estabelecida anteriormente a obrigação (no acordo ou na decisão da separação ou do divórcio).” (Dos alimentos. In: Dias, Maria Berenice; Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 4. ed. 2. tir. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 200).

se uma das partes é colocada em uma situação indefinida e ilimitada de sujeição em relação à vontade da outra.

Significa dizer, pois, que por meio da admissibilidade da renúncia livremente declarada pelo cônjuge ou convivente preserva-se o valor jurídico da vontade manifestada pelas partes por ocasião da separação judicial ou da dissolução da união estável e, por outro lado, garante-se a elas uma situação de segurança e estabilidade condizente com os parâmetros do princípio da boa-fé objetiva. Em razão da natureza patrimonial do direito a alimentos e sendo as partes maiores e capazes, não há qualquer sentido na restrição imposta na lei, podendo, pelo contrário, gerar um abuso indevido no exercício de um direito reconhecido.

### **7.3 A mitigação da irrepetibilidade dos alimentos no contexto da boa-fé objetiva**

Como consagrado no art. 1.694 do Código Civil de 2002, a obrigação alimentar requer a verificação da possibilidade de quem realiza a prestação e da necessidade de quem a recebe. Paralelamente, tem-se a regra da irrepetibilidade do crédito alimentar, fundada na destinação exclusiva da verba à subsistência do alimentando, o que a torna impossível de ser restituída. Não se pode olvidar, contudo, que o recebimento da quantia devida a título de alimentos, quando não está mais presente o requisito da necessidade como justa causa legitimadora do vínculo obrigacional, gera, por consequência, a caracterização do instituto do enriquecimento sem causa, regulado pelos artigos 884 a 886 do estatuto civil, tendo como efeito, a obrigação de restituir aquilo que foi indevidamente auferido.

Desta feita, com o intuito de conciliar a regra da irrepitibilidade dos alimentos com a conseqüência provocada pelo enriquecimento sem causa, deve ser admitida a possibilidade de restituição judicial da obrigação alimentícia, em caráter excepcional, na hipótese evidente em que o credor, ao receber a quantia, não demonstra nenhuma necessidade econômica, configurando tal fato um afrontoso enriquecimento indevido de sua parte, com o qual o sistema jurídico não pode compactuar. Com efeito, a flexibilização da irrepitibilidade dos alimentos se faz necessária para evitar o enriquecimento indevido daquele que continua a receber os alimentos sem mais deles necessitar.

Vê-se, desse modo, que haverá o enriquecimento indevido naquelas prestações alimentícias destinadas aos filhos maiores e capazes, que possuem renda suficiente para a sua manutenção, passando a acumular a verba de caráter alimentar, ou, ainda, nas prestações pagas ao ex-cônjuge que já mantém novo relacionamento afetivo, não se fazendo necessário o recebimento da pensão. Isto posto, verifica-se em tais situações um lucro injustificado e desleal a ser restituído em prol da tutela concreta do princípio da boa-fé objetiva nas relações de origem familiar.<sup>290</sup>

Corroborando essas idéias, Cristiano Chaves de Farias preleciona:

*“À luz dos argumentos expostos, infere-se, tranqüilamente, uma relativização da irrepitibilidade dos alimentos, evitando o enriquecimento sem causa quando a obrigação for cumprida em favor*

---

<sup>290</sup> Rolf Madaleno sustenta que o crédito indevido da pensão alimentícia muitas vezes é favorecido pela morosidade da ação de exoneração de alimentos: “Há situações de notório e aberrante enriquecimento sem causa que deveriam motivar até mesmo o mais formal dos julgadores a deferir a exoneração alimentar em sede de tutela antecipada. No entanto, o crédito continua ingressando indevidamente no ativo do alimentário, que se favorece do processo e da ausência do trânsito em julgado da sentença de exoneração. Afinal, os alimentos são devidos até o término da ação, o que agrava mais ainda a frágil posição processual do devedor alimentar, desprovido de qualquer mecanismo de contrapressão toda vez que, indignado, deixa de pagar os alimentos a que ainda está formalmente obrigado, mas acaba coagido a prestar o que deixou de dever.” (Madaleno, Rolf. Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios. In: *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, n. 27. p. 77, out./dez. 2004).

*de quem já não mais possuía a necessidade de perceber os alimentos. Por evidente, tal mitigação somente ocorre em casos nos quais o alimentando tinha ciência da cessação da causa e, ainda assim, continua a receber os alimentos, caracterizando a falta de justa causa e, por conseguinte, o atentado contra o princípio da confiança.*<sup>291</sup>

Como isso, vimos algumas situações concretas em que a boa-fé objetiva confere às relações familiares de cunho patrimonial um conteúdo ético pautado em deveres de conduta impostos pela ordem jurídica. Prepondera, em apertada síntese, a obrigatoriedade das partes, em todos os vínculos familiares, de agirem de forma leal e proba para evitar que haja o enriquecimento injustificado de alguém. Já foi dito, no entanto, que as hipóteses aqui traçadas não esgotam todos os reflexos possíveis extraídos do princípio da boa-fé objetiva em diversos outros setores e temas relacionados ao direito de família, mas servem, ao menos, para nos conduzir à formação de um arquétipo familiar compatível com o sistema jurídico em toda a sua complexidade de normas e princípios.

---

<sup>291</sup> Farias, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 32.

## 8. A BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES EXISTENCIAIS DE FAMÍLIA: A TUTELA JURÍDICA DA AFETIVIDADE

Acompanhando as diretrizes desenvolvidas ao longo do presente trabalho, tem-se que a função da família contemporânea é servir de espaço para a realização da dignidade da pessoa humana, ganhando relevância, para tanto, a solidariedade, a convivência e a afetividade familiar. O direito de família deixa de ver os interesses patrimoniais das partes como preocupação primária, assumindo a pessoa humana o foco central das destinações jurídicas. Neste novo cenário, a restauração da primazia da pessoa nas relações de família faz com que os vínculos jurídicos de caráter eminentemente pessoal sejam fundados na cooperação e na lealdade, concretizadas por meio da formação de um espaço pleno de afetividade.<sup>292</sup>

As relações intersubjetivas existenciais do direito de família são marcadas essencialmente por valores e atributos próprios da personalidade humana. Trata-se, em outras palavras, de garantir a tutela às questões existenciais da pessoa, as quais revelam seus reflexos nos diversos agrupamentos sociais, dentre eles, a família.<sup>293</sup>

Daí deriva, portanto, que a vasta gama de direitos existenciais relacionados à vida, à imagem, à honra, à privacidade, ao nome e à integridade psicofísica das pessoas podem, de uma forma geral, ser afetados mediante a existência de uma relação familiar mal

---

<sup>292</sup> Seguindo a classificação trazida por Pietro Perlingieri, as relações subjetivas existenciais são aquelas relações não-patrimoniais, relacionadas à personalidade como valor fundamental do ordenamento (*Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155).

<sup>293</sup> Parecem válidos, outrossim, os esclarecimentos de José Lamartine e Ferreira Muniz: “É de se notar que as relações familiares fundadas no casamento, parentesco, afinidade e adoção têm um caráter acentuadamente pessoal, porque destinadas à tutela da pessoa, nos seus interesses morais e materiais. São os interesses essenciais da pessoa a nota comum desta série de relações jurídicas. Isto permite reuni-las dentro de uma categoria de relações denominadas de intrinsecamente familiar que não se apresentam estruturalmente como relações obrigacionais (direitos de créditos) ou direitos reais; não são conceitos puramente estruturais.” (*Curso de direito de família*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 1998, p. 12).

estruturada e descomprometida com preceitos éticos, em que não há a valorização da afetividade, demonstrando, por conseguinte, a necessidade da intervenção protecionista estatal.

É nessa linha, pois, que o valor jurídico do afeto torna-se essencial para o desenvolvimento pleno do ser humano. A família apresenta como ideal a conquista e a manutenção da felicidade de cada um dos seus membros e, em vista disso, apesar da importância dos aspectos patrimoniais decorrentes das relações familiares, sobressaem-se as questões de cunho moral e de personalidade, nas quais está inserido o liame da afetividade.

Por essa razão, a afetividade é capaz de nortear os relacionamentos entre os membros da família, assegurando a motivação necessária para a imposição dos deveres legais de caráter ético, dos quais destacamos o respeito e a consideração mútuos (art. 1.566 do Código Civil), a lealdade (art. 1.724 do Código Civil), a tolerância, a necessidade da convivência familiar, o cuidado, a cooperação recíproca, dentre outros que sejam possíveis de se vislumbrar em cada relação jurídica específica. Abre-se, portanto, importante espaço para a aplicação da boa-fé objetiva no campo das relações existenciais de família, haja vista a sua estrita correlação com todos esses deveres, que deixam de ser puramente éticos, assumindo uma evidente conotação jurídica.

Em contrapartida, a afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os demais membros, faz com que a família seja sentida da maneira mais intensa e sincera possível, de forma que isso só será viável por meio da conscientização por parte dos sujeitos de que possuem o dever de contribuir para a felicidade e para a plena

realização do outro. De fato, como diz José Sebastião de Oliveira, “cada um é ‘contribuinte’ da felicidade de todos.”<sup>294</sup>

Com base em tais considerações, ressalte-se que o princípio da boa-fé objetiva nas relações existenciais de família impõe certos deveres às partes e está essencialmente atrelada ao valor jurídico do afeto. Como conseqüência, a concretização deste princípio jurídico faz surgir duas idéias fundamentais: a confiança e a responsabilidade.<sup>295</sup>

De um lado, deve-se pensar em preservar a confiança e a expectativa produzidas em razão dos vínculos provenientes do casamento, da união estável e do parentesco. Por outro, surge a noção da responsabilidade civil como conseqüência concreta para o descumprimento dos deveres impostos pela boa-fé objetiva, com o intuito de se restabelecer ou compensar eventuais danos à personalidade.

É importante frisar, em meio à aplicação da boa-fé objetiva nas relações existenciais, que a preservação da confiança despertada na situação fática não pode contrariar princípios constitucionais hierarquicamente superiores. Assim, por exemplo, na hipótese da ação negatória de paternidade do pai presumido, o qual sempre se comportou como se fosse o verdadeiro pai, mesmo tendo conhecimento da verdade biológica, não apenas busca-se preservar a expectativa gerada no menor durante o período de convivência, mas, principalmente, deve-se seguir para a solução que melhor atenda aos

---

<sup>294</sup> Oliveira, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 235.

<sup>295</sup> Impõe-se, neste aspecto, transcrevermos a observação atenta de Cristiano Chaves de Farias: “Nessa ordem de idéias, a afetividade traduz a confiança que é esperada por todos os membros do núcleo familiar e que, em concreto, se materializa no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a imprescindível dignidade de todos.” (*Escritos de direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 33-34).

interesses do menor, em consonância com o dever de proteção da criança e do adolescente constitucionalmente previsto (art. 227 da Constituição Federal).<sup>296</sup>

Traçada esta breve noção acerca dos efeitos decorrentes da aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva no contexto das ligações pessoais e existenciais da família, passaremos a analisar, a título meramente ilustrativo, algumas situações concretas em que tal princípio irá traduzir a imposição de deveres, a preservação da confiança e a responsabilidade civil em razão de danos provocados em algum dos atributos da personalidade humana no universo familiar.

### **8.1 A discussão da culpa nas dissoluções conjugais como forma de violação da boa-fé objetiva**

Diante do respeito, da lealdade e da confiança preservados nas relações familiares, não há que se falar em culpa daquele que simplesmente não nutre mais uma relação de afeto por seu cônjuge. Por isso, mostra-se incompatível com a tábua axiológica constitucional, fundada na ética e no afeto, perquirir-se quem é o culpado pela separação

---

<sup>296</sup> Adiante trataremos da boa-fé objetiva na ação negatória de paternidade. Note-se, também, o interessante posicionamento de Anderson Schreiber: “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. Vale dizer: o critério 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.” (O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 455).

judicial, quando, na verdade, não ocorreu qualquer espécie de violação dos deveres conjugais.

O Código Civil de 2002 estabeleceu a separação judicial culposa quando fundamentada no grave descumprimento dos deveres conjugais e que torne insuportável a vida em comum, o que se denominou de *separação-sanção* (art. 1.572, *caput*, do Código Civil de 2002). Ademais, no art. 1.573, o legislador estabeleceu os motivos caracterizadores da impossibilidade da comunhão de vida: o adultério, a tentativa de morte, a sevícia ou injúria grave, o abandono voluntário do lar conjugal durante um ano contínuo, a condenação por crime infamante e a conduta desonrosa, podendo, ainda, o juiz considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. Por outro lado, tem-se ainda a separação judicial baseada na ruptura da vida em comum há mais de um ano (*separação-falência*, prevista no § 1º do art. 1.572 do Código Civil) e a separação motivada por doença mental grave de um dos cônjuges, reconhecida como de cura improvável (*separação-remédio*, prevista no § 2º do art. 1.572 do Código Civil).

Da interpretação literal do art. 1.572 do Código Civil, conclui-se que para a separação judicial litigiosa, baseada no término do relacionamento, sem que tenha havido a ruptura há mais de um ano ou não sendo a hipótese de doença mental, deve o cônjuge demonstrar a violação dos deveres do casamento e a “insuportabilidade” da vida em comum. Logo, se em vez da conjunção aditiva ‘e’, o legislador tivesse optado por uma conjunção alternativa (‘ou’), a consequência jurídica seria completamente diversa, visto que, neste caso, os cônjuges não estariam atados ao ultrapassado sistema de culpa, que limitou a separação judicial litigiosa à demonstração de violação a quaisquer dos deveres do casamento.<sup>297</sup>

---

<sup>297</sup> Otero, Marcelo Truzzi. A separação judicial no Código Civil. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 7, n. 34, p. 37, fev./mar. 2006.

Não obstante reconhecermos a necessidade de se perquirir a culpa no processo judicial quando, de fato, tenha ocorrido graves violações aos atributos físicos e morais de um dos cônjuges, passíveis, inclusive, de gerar a devida reparação pelos danos sofridos com a decretação da culpa do causador das lesões, devemos observar, por outro lado, que tal investigação torna-se contrária aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente estabelecidos, quando o rompimento do relacionamento se dá por uma simples deterioração da afetividade fundamental para a preservação da vida em comum.<sup>298</sup>

Com esse pensar, decisões judiciais norteadas pela perspectiva civil-constitucional e com o intuito de se preservar a intimidade e a integridade psíquica, a honra e, num contexto mais amplo, a própria dignidade da pessoa humana, têm se manifestado na defesa da objetivação da ruptura quando há a cessação da *affectio maritalis*, de forma a tornar desnecessária a comprovação da culpa, o que leva, em última análise, à imposição de limites na intervenção do Estado na intimidade do casal.<sup>299</sup>

Trazemos à baila, nessa linha de raciocínio, as esclarecedoras palavras de Cristiano Chaves de Farias:

*“Nada é mais importante do que a proteção da dignidade do ser humano e a preservação de sua felicidade. Daí que, atentando contra a dignidade humana a discussão da culpa, sobreleva sua repulsa com fundamentos constitucionais. É que adentrar a vida privada do casal para discutir aspectos que lhe são íntimos viola, sem dúvida, as suas garantias fundamentais, expondo a parte mais íntima de suas vidas a*

---

<sup>298</sup> Atinente ao tema, Luiz Edson Fachin adverte: “A perturbação objetiva menciona respeito à ruptura de fato da sociedade conjugal. Aqui se dá a retomada da *affectio maritalis*. A perturbação objetiva implica a cessação da *affectio*. Sevícias, abandono moral e material do lar, descaso com os filhos, consistem em violações a deveres conjugais que importam na legitimidade do pedido.” (*Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 206).

<sup>299</sup> Vale ressaltar, ainda, que o projeto de Lei nº. 507/07, de autoria do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro, em tramitação no Congresso Nacional, altera e revoga todos os dispositivos do Código Civil relacionados à culpa e seus efeitos na separação judicial. No texto apresentado, a redação do art. 1.572 do Código Civil ficaria alterada da seguinte forma: “Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, quando cessar a comunhão de vida.”

*uma indevida publicidade, somente para tentar desvendar um mistério sem solução: por que terminou o amor? Assim, não se apresenta razoável, de fato, permitir a discussão sobre a culpa somente para que um cônjuge expie a sua culpa no outro.*”<sup>300</sup>

Saliente-se, também, a acertada decisão do Superior Tribunal de Justiça:

*“Separação - Ação e reconvenção. Improcedência de ambos os pedidos. Possibilidade da decretação da separação. Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes. Recurso conhecido e provido em parte.”* (REsp. nº. 467.184/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 05.12.02).

De todo modo, estabelecendo uma conexão entre os argumentos expostos acima e o princípio da boa-fé objetiva, conclui-se que o dever de lealdade atinge até mesmo o momento da dissolução da sociedade conjugal, obstando o espírito de rivalidade ou de vingança que possa pairar sobre as separações movidas simplesmente pela ausência de vontade em permanecer casado. De outra parte, ganha relevância a preservação do respeito entre as partes, as quais, no mais das vezes, precisam manter um diálogo mínimo

---

<sup>300</sup> Farias, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 37. Trilhando o mesmo caminho, Claudete Carvalho Canezin ressalta: “A perquirição da culpa nos casos de dissolução da sociedade conjugal, e a busca constante por um “culpado” pela quebra do vínculo transformam algo doloroso em um verdadeiro martírio, muitas vezes levado à exaustão pelos advogados e com a permissão do magistrado, que a pretexto de aplicar as sanções ao cônjuge declarado culpado permite uma verdadeira invasão da privacidade do casal.” (Da culpa no direito da família. In: Tartuce, Flávio; Castilho, Ricardo (coords.), *Direito civil: direito patrimonial; direito existencial*. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novas Hironaka. São Paulo: Método, 2006. Em sentido diverso, Regina Beatriz Tavares da Silva: “O Estado, portanto, ao declarar a culpa no rompimento de um casamento, não está intervindo indevidamente na relação conjugal. Está, outrossim, oferecendo a tutela jurisdicional solicitada por aquele que, com apoio legal, a busca. E tal busca da tutela jurisdicional não pode ser presumidamente havida como mero espírito de emulação como vem sendo destacado por alguns.” (A culpa nas relações de família. In: Delgado, Mário Luiz; Alves, Jones Figueirêdo (coords.), *Questões controvertidas no direito de família e sucessões*. Série Grandes Temas de Direito Privado. São Paulo: Método, 2005, v. 3, p. 72).

para a solução de pendências patrimoniais decorrentes do casamento e, principalmente, para uma criação sadia dos filhos em comum.

Deve-se lembrar ainda que a separação é um processo doloroso, em que se reconhece o fracasso de uma união construída em cima de expectativas e projetos de vida. Por conseguinte, fazer desse processo, por si só desgastante, um instrumento de disputa na obrigatoriedade de se encontrar um culpado, afasta a família dos valores estruturais da ordem civil-constitucional, notadamente no que se refere à preservação da dignidade da pessoa humana e todas as conseqüências dela decorrentes.

## **8.2 A boa-fé objetiva no reconhecimento da paternidade socioafetiva**

Verifica-se da leitura do art. 1.593 do Código Civil que o legislador conferiu a abertura necessária para o reconhecimento da paternidade socioafetiva. Assim sendo, ao estabelecer que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”, o legislador quis possibilitar o reconhecimento do parentesco formado a partir de laços afetivos, guiados pelo carinho, pelo respeito e pela dedicação, mesmo que a relação existente não advenha do parentesco biológico.

Forma-se, portanto, a família sociológica, em que há a prevalência dos laços afetivos. Nessa família, os responsáveis assumem integralmente a educação e a proteção da criança que, independentemente da existência de vínculo jurídico ou biológico, criam como se fossem filhos, assumindo todos os ônus e dando todo o afeto necessário.<sup>301</sup>

---

<sup>301</sup> Seguem as palavras de Jacqueline Filgueras Nogueira: “Dessa forma, a família sociológica é aquela onde existe a prevalência dos laços afetivos, onde se verifica solidariedade entre os membros que a compõem, família em que os pais assumem integralmente a educação e a proteção de uma criança, que independentemente de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles, a criam, a amam e a defendem,

Com isso, a filiação socioafetiva é formada por meio de uma a relação jurídica de afeto compreendida em algumas situações, como a do filho de criação, quando comprovado o estado de filho afetivo (posse de estado de filho), a adoção judicial, o reconhecimento voluntário ou judicial de paternidade ou maternidade e a conhecida “adoção à brasileira”, na qual alguém reconhece a paternidade ou a maternidade biológica, mesmo não sendo verdadeira.<sup>302</sup>

De qualquer modo, o que se pretende demonstrar é que a paternidade, mesmo quando não fundada na verdade biológica, é capaz de gerar direitos, obrigações, além de expectativas a serem preservadas pelo sistema jurídico. Com efeito, a paternidade socioafetiva assenta-se no afeto construído durante longo período, demonstrado por meio do cuidado, do companheirismo, da cooperação e da cumplicidade existentes no relacionamento paterno-filial.

Em síntese, é um vínculo que nasce de um sentimento e que desperta nas partes a confiança recíproca, o apoio, a proteção, o carinho e o zelo, os quais não podem ser desprezados mediante um comportamento contraditório que negue toda essa relação de afeto construída. Conforme já foi dito, a situação do pai que voluntariamente realiza o registro de uma criança que não é sua filha biológica se enquadra no conceito do *factum proprium* capaz de ensejar a legítima confiança do menor, que se mostra ainda mais evidente em razão dos laços afetivos cultivados durante o tempo de convivência. Com efeito, o genitor, ao negar a paternidade e querer anular o registro voluntariamente

---

fazendo transparecer a todos que são seus pais.” (*A filiação que se constrói*: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 55).

<sup>302</sup> Welter, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148. Conforme Luiz Roberto de Assumpção, “A paternidade afetiva expressa um espaço em que cada membro busca a realização de si mesmo através do outro. Nesse espaço reina o companheirismo e a camaradagem, a família eudemonista, em que cada um busca, dentro dela, sua própria realização, seu próprio bem-estar e felicidade.” E continua, dizendo: “Somente pela existência do afeto é possível que as pessoas, restringindo sua esfera de liberdade, renunciem algumas coisas em favor dos outros membros da família, para que estes também possam crescer e se desenvolver, produzindo, assim, efeitos benéficos a todo o grupo.” (*Aspectos da paternidade no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53).

realizado, demonstra uma postura situada exatamente no contexto do comportamento contraditório, principalmente se levarmos em consideração a afetividade nascida do relacionamento.

É, pois, sob esse enfoque que deve atuar a boa-fé objetiva na paternidade socioafetiva, de forma a impedir que seja contrariado o afeto cultivado por longo período, preservando-se as expectativas produzidas em decorrência da paternidade. Assim sendo, a boa-fé objetiva veda a conduta negatória, por representar um *venire contra factum proprium* por parte do pai presumido, que, rejeitando a condição que de fato exercera, viola a confiança do filho. Nas palavras de Anderson Schreiber, “tal comportamento afrontaria a boa-fé objetiva incidente sobre aquela relação familiar, ou um dever mais amplo de solidariedade no âmbito da família.”<sup>303</sup>

É traçado um novo eixo fundamental da família, em que o compromisso, a confiança, o respeito e o afeto predominam em relação à simples e pura verdade biológica, com o escopo de se alcançar o ideal constitucional de garantia plena da dignidade da pessoa humana.

Acompanhando essa posição, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça entendeu que o pai que reconheceu uma criança como sendo sua filha, sabendo inexistir a relação biológica, não pode depois querer anular o registro espontaneamente realizado. Assim, um indivíduo não conseguiu anular o registro de uma menina que assumiu como filha, mesmo comprovando não ser o seu pai biológico. Baseados no voto do relator, o respeitável e saudoso ministro Hélio Quaglia Barbosa, os ministros entenderam que, salvo nas hipóteses de erro, dolo, coação, simulação ou fraude, a pretensão de anulação do ato de registro de um filho, tido como ideologicamente falso, só pode ser acionada por terceiros interessados, não sendo admitida a revogação do

---

<sup>303</sup> Schreiber, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 454.

reconhecimento pelo próprio declarante. Para tanto, a transcrição da ementa mostra-se pertinente:

*“Recurso especial. Reconhecimento de paternidade. Cancelamento pelo próprio declarante. Falsidade ideológica. Impossibilidade. Assunção da demanda pelo Ministério Público Estadual. Defesa da ordem jurídica objetiva. Atuação que, in casu, não tem o condão de conferir legitimidade à pretensão. Recurso não conhecido.*

*1. Salvo nas hipóteses de erro, dolo, coação, simulação ou fraude, a pretensão de anulação do ato, havido por ideologicamente falso, deve ser conferida a terceiros interessados, dada a impossibilidade de revogação do reconhecimento pelo próprio declarante, na medida em que descabido seria lhe conferir, de forma absolutamente potestativa, a possibilidade de desconstituição da relação jurídica que ele próprio, voluntariamente, antes declarara existente; ressalte-se, ademais, que a ninguém é dado beneficiar-se da invalidade a que deu causa.*

*2. No caso em exame, o recurso especial foi interposto pelo Ministério Público, que, agindo na qualidade de custos legis, acolheu a tese de falsidade ideológica do ato de reconhecimento, argüindo sua anulabilidade, sob o pálio da defesa do próprio ordenamento jurídico; essa atuação do Parquet, contudo, não tem o condão de conferir legitimidade à pretensão originariamente deduzida, visto que, em assim sendo, seria o mesmo que admitir, ainda que por via indireta, aquela execrada potestade, que seria conferida ao declarante, de desconstituir a relação jurídica de filiação, como fruto da atuação exclusiva de sua vontade.*

*3. Se o reconhecimento da paternidade não constitui o verdadeiro status familiae, na medida em que, o declarante, ao fazê-lo, simplesmente lhe reconhece a existência, não se poderia admitir sua desconstituição por declaração singular do pai registral. Ao assumir o Ministério Público sua função precípua de guardião da legalidade, essa atuação não poderia vir a beneficiar, ao fim e ao cabo, justamente aquele a quem*

*essa mesma ordem jurídica proíbe romper, de forma unilateral, o vínculo afetivo construído ao longo de vários anos de convivência, máxime por se tratar de mera "questão de conveniência" do pai registral, como anotado na sentença primeva.*

4. *"O estado de filiação não está necessariamente ligado à origem biológica e pode, portanto, assumir feições originadas de qualquer outra relação que não exclusivamente genética. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a não biológica (...). Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos."* (Mauro Nicolau Júnior in *"Paternidade e coisa julgada. Limites e possibilidade à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais"*. Curitiba: Juruá Editora, 2006).

5. *Recurso não conhecido.*” (REsp. nº. 234.833 – MG, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 25.09.07).<sup>304</sup>

Seguramente, denota-se a intenção do julgado em limitar a prática abusiva de um direito, impedindo, por conseguinte, uma atuação absolutamente potestativa do pai que procura contrariar o seu próprio comportamento anterior, fato que pode levar à ocorrência de diversos danos psíquicos ao filho que se sente rejeitado e frustrado em suas expectativas. Devemos ressaltar, ainda, que nesta hipótese, o pai tinha pleno conhecimento

---

<sup>304</sup> Registre-se, com o mesmo espírito, decisão do Tribunal de Justiça do Paraná: “Negatória de paternidade. Adoção à brasileira. Confronto entre a verdade biológica e a sócio-afetiva. Tutela da dignidade da pessoa humana. Procedência. Decisão reformada. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da adoção à brasileira (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer à solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular adoção à brasileira, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado.” (Apelação cível nº. 0108417-9, Rel. Accácio Cambi, publicado em 04.02.02).

de que não era o verdadeiro pai biológico da criança e, mesmo assim, aceitou a condição que lhe foi atribuída.

Por isso, a boa-fé objetiva impõe a manutenção de uma situação jurídica marcada pela convivência e pela afetividade, atendendo àquilo que sempre foi o esperado a partir do momento em que se assumiu de forma espontânea um compromisso.

Muito embora a preservação da confiança despertada se fazer necessária, não se pode olvidar, da mesma forma, a busca pela solução que melhor atenda aos interesses do menor. Vale dizer, a paternidade socioafetiva deve ser mantida, contemplando-se os laços afetivos, desde que esta relação traga, de fato, benefícios ao desenvolvimento do filho menor. A paternidade que se pretende manter é aquela em que realmente houve um comprometimento com a criação do menor, sendo que se ficar constatado que apesar do reconhecimento espontâneo do pai, nunca houve uma relação sincera de afeto, como, por exemplo, no caso do menor ter sido vítima de sevícias constantes ou abusos, solução diversa deverá encontrar o julgador. Logo, sempre que os interesses ou os direitos da criança e do adolescente colidirem com os interesses de outra pessoa, dever-se-á atender ao princípio do superior interesse do menor.

### **8.3 O direito à convivência familiar aliado ao princípio da boa-fé objetiva**

A convivência e a afetividade são capazes de identificar um determinado relacionamento como sendo de natureza familiar, não apenas quando há o casamento, mas também quando se está diante da união estável, da adoção, da monoparentabilidade e da união homoafetiva. Desta feita, a família é considerada o núcleo ideal para o

desenvolvimento das potencialidades humanas, sendo que isso só se torna possível se houver uma convivência harmônica e afetuosa entre os membros do grupo familiar.

O convívio familiar enseja o nascimento de diversos deveres, dentre os quais podemos destacar o respeito, o cuidado, a lealdade e a mútua colaboração material e psíquica. No que tange às crianças e aos adolescentes, a Constituição Federal, em seu art. 227, atenta, de forma específica, para o dever da família, da sociedade e do Estado para assegurar-lhes o direito à convivência familiar. Por sua vez, o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente faz referência expressa aos cuidados especiais que devem ser reservados ao menor e, sobretudo, ao direito à convivência familiar.<sup>305</sup>

Em assim sendo, é direito fundamental da criança e do adolescente, uma convivência familiar marcada pelo afeto e pelo respeito à sua dignidade. Neste sentido, como observa Maria Helena Diniz, “o exercício do poder familiar deve ocorrer de modo permanente e efetivo, revelando afetividade, solidariedade e reciprocidade de sentimentos no convívio familiar.” Resulta, daí, a imposição de certos deveres aos genitores, os quais, automaticamente, em razão do poder familiar, passam a ser obrigados a ter uma postura ativa e efetivamente participativa na criação e educação dos filhos, inclusive no que se

---

<sup>305</sup> Art. 227, *caput*, da Constituição Federal: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” Art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.” Segundo observa Lizete Peixoto Xavier Schuh: “Denota-se que a regra é a permanência da criança no seio da sua família natural (art. 25 do ECA), porém, primando pela garantia de sobrevivência em condições adequadas, há, excepcionalmente, a possibilidade de colocação em família substituta, a qual se fará mediante a guarda, a tutela ou a adoção (arts. 19 e 28, *caput*, do ECA).” (Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 8, n. 35, p. 59, abr./mai. 2006).

refere ao carinho e aos cuidados fundamentais para a formação moral e o desenvolvimento emocional do menor.<sup>306</sup>

Portanto, deve-se manter vivo o dever de convivência familiar, que permanece íntegro na eventual ruptura do liame conjugal, da união estável ou de qualquer espécie de relacionamento que tenha havido entre os pais.<sup>307</sup>

Trazemos à baila, os ensinamentos de Maria Helena Diniz:

*“Importante é que se mantenha a convivência familiar quando houver ruptura do liame conjugal ou da união estável, pois graves serão as conseqüências na formação da personalidade da prole se for afastada do convívio de sua família ou do contato paterno-materno. A garantia dessa convivência familiar conduz ao respeito da dignidade e dos direitos da personalidade da criança e do adolescente. Assim sendo, se o dever de convivência familiar não for cumprido, ter-se-á um desequilíbrio emocional da prole, dando azo à perda da poder familiar (CC, art. 1.638; ECA, art. 98, II) por abandono imaterial, ante a ausência de afetividade e de assistência moral, e à responsabilidade civil por dano aos direitos da personalidade, uma vez que se atinge a integridade físico-psíquica, a dignidade e a honra do menor.”<sup>308</sup>*

---

<sup>306</sup> Diniz, Maria Helena. Direito à convivência familiar. In: Tartuce, Flávio; Castilho, Ricardo (coords.), *Direito civil: direito patrimonial: direito existencial*. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p. 800.

<sup>307</sup> O Projeto de Lei nº. 2.285/2007, que dispõe sobre o “Estatuto das Famílias”, em tramitação no Congresso Nacional estabelece: “Art. 98: Os filhos não podem ser privados da convivência familiar com ambos os pais, quando estes constituírem nova entidade familiar. Art. 99: O não-guardião pode fiscalizar o exercício da guarda, acompanhar o processo educacional e exigir a comprovação da adequada aplicação dos alimentos pagos. Art. 100: O direito à convivência pode ser estendido a qualquer pessoa com quem a criança ou o adolescente mantenha vínculo de afetividade. Art. 101: Quando a guarda é exercida exclusivamente por um dos genitores é indispensável assegurar o direito de convivência com o não-guardião. Parágrafo único: O direito à convivência familiar pode ser judicialmente suspenso ou limitado quando assim impuser o melhor interesse da criança.”

<sup>308</sup> Diniz, Maria Helena. Direito à convivência familiar. In: Tartuce, Flávio; Castilho, Ricardo (coords.), *Direito civil: direito patrimonial: direito existencial*. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 808 – 809.

Diante disso, o direito de convivência familiar expressamente conferido às crianças e aos adolescentes faz surgir, em contrapartida, dentre outros deveres, o dever de visita do genitor que não mantém a guarda do filho menor. É por meio da visita que se constrói uma relação verdadeiramente afetiva, pautada no amor, na solidariedade e no cuidado, indispensáveis para a completa formação do ser humano. Assim, não havendo convivência, não haverá, por certo, amor entre os seres, pois a ausência por um longo período de tempo poderá vir a desgastar os laços, que acabam por se dissolverem.<sup>309</sup>

Logo, o direito de visita é o meio de se manter forte o afeto na relação paterno-filial, sendo certo, ainda, que ele corresponde a um direito por parte do genitor que não reside na companhia do menor, sendo, ao mesmo tempo, para este genitor, um dever a ser observado para a garantia do direito de convivência do filho. A rigor, podemos dizer que a visita é um direito-dever do pai ou da mãe que não detém a guarda do menor, ou, em consonância com a conclusão precisa de Joubert R. Rezende, “o direito e visita não é concebido como uma *facultas agendi* do visitante, mas uma condição dignificante do visitado, de sorte a enxergar na visita uma obrigação de fazer como reflexo de sua natureza de poder-dever.”<sup>310</sup>

De toda sorte, algumas decisões jurisprudenciais, levando em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente, passaram a condenar os pais ao pagamento de indenização por dano moral ao filho abandonado afetivamente, privado da convivência do pai ou da mãe que injustificada e voluntariamente se afastou, causando no menor um excessivo sofrimento e desgaste emocional.

Nestes termos, a responsabilidade civil atua como consequência jurídica para o abandono afetivo, na medida em que se descumpre um dever objetivo de conduta

---

<sup>309</sup> Boschi, Fabio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 46.

<sup>310</sup> Rezende, Joubert R. Direito à visita ou poder-dever de visitar: o princípio da afetividade como orientação dignificante no direito de família humanizado. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 6, n. 28, p. 159, fev./mar., 2005.

baseado na solidariedade, na lealdade e na afetividade. Veja-se, pois, acertada decisão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais:

*“Indenização. Danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.”* (Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº. 408.550-5, Rel. Juiz Unias Silva, julgado em 01.04.2004).<sup>311</sup>

Destarte, é punido o descaso, o desinteresse, a irresponsabilidade e o descumprimento imotivado de deveres impostos em razão do exercício do poder familiar. Com efeito, o rigor é necessário para que haja a busca ou o interesse do filho pela convivência paterna. Por outro lado, deve-se verificar a negligência do genitor que, de uma forma geral, não se interessa pela criação e bem-estar do menor e nem ao menos cumpre com o seu dever de contribuir para a preservação dos laços afetivos.

Para tanto, concordamos com o pensamento de Cláudia Maria da Silva:

*“A imposição de sanção civil pela prática de ato danoso – rejeição, desconsideração, negativa, recusa, abandono – pelo genitor em desfavor de sua prole importa em importante freio a tal conduta, além da reconsideração e do refazimento dos laços afetivos. Não se trata, pois, de ‘dar preço ao amor’ – como defendem os que resistem ao tema*

---

<sup>311</sup> Em sentido contrário, Sérgio Gischkow Pereira alerta sobre o perigo da monetarização das relações familiares: “Com todo o respeito, é manifesta a infelicidade das propostas, que se inserem nos excessos de repatrimonialização do Direito de Família. Exemplos tragicômicos: a) impor ao cônjuge infiel a ‘obrigação’ de comunicar ao parceiro ato eventual de adultério, destruindo o casamento que poderia se manter. b) O pai que visitaria o filho, e vice-versa, apenas por medo de ser réu em ação indenizatória por dano moral. Não seria pior para o filho, ou para o pai, ter uma atenção paterna ou filial falsa e forçada?! c) O cônjuge fazendo amor sob ameaça de indenização. E assim por diante.” (*Estudos de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 86).

*em foco - , tampouco de ‘compensar a dor’ propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros, que sua conduta deve ser cessada e evitada, por ser reprovável e grave.”<sup>312</sup>*

Por conseguinte, não pairam dúvidas sobre a responsabilidade primordial dos genitores na formação da personalidade dos filhos, cumprindo-lhes dar, independentemente da coabitação, o amor, o afeto, a orientação ética, a educação e o respeito por meio da convivência familiar, além da contribuição material que se fizer necessária. Trata-se, pois, de um dever jurídico que tem por escopo a proteção da dignidade e da integridade psicofísica do filho que conserva uma confiança e uma expectativa em relação ao comportamento paterno e materno.

De tudo isso, a conexão que se estabelece com o princípio da boa-fé objetiva é evidente. O fim do relacionamento dos pais não é capaz de lhes retirar o dever de participação ativa na criação e formação da prole. Na relação paterno-filial, a boa-fé objetiva, sob a inclinação do valor jurídico do afeto, impõe uma forma de agir responsável em todos os âmbitos, visando sempre o melhor interesse da criança e do adolescente. Tem-se, então, que o vínculo afetivo não pode ser negado voluntariamente por aquele que, de forma negligente ou proposital, não garante ao seu filho o devido amparo e a completa proteção.

Como visto, a boa-fé objetiva determina modelos de comportamento de fundo ético que nascem em razão de uma relação interpessoal, ganhando contornos jurídicos. De fato, temos que a relação que se estabelece entre pais e filhos é formada por

---

<sup>312</sup> Silva, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 6, n. 25, p. 141 - 142, ago./set., 2004.

uma série de deveres, dos quais surgem direitos correspondentes, devendo-se privilegiar os mecanismos aptos a torná-los efetivos e concretos. Por isso, a responsabilidade civil é um instrumento destinado a tal propósito, mesmo se reconhecermos a sua incapacidade de obrigar o genitor a cultivar, em seu íntimo, um sentimento em relação ao seu filho. Os deveres impostos pela boa-fé são de natureza objetiva e, ainda que não coincida com o aspecto subjetivo interno, determinam um padrão objetivo de comportamento a ser utilizado como parâmetro na hipótese de descumprimento.

Em verdade, partindo-se de um arquétipo construído pela boa-fé objetiva, é possível, no plano concreto, punir aquele que se desviou de um comportamento necessário, compensar o filho rejeitado por todos os danos sofridos e servir de conscientização para todos aqueles que eventualmente se encontram em semelhante situação.

#### **8.4 O exercício do direito de visita e os limites impostos às partes por meio da boa-fé objetiva**

Com vistas à efetivação de um direito pertencente prioritariamente aos filhos, a visita é, para os genitores, uma verdadeira fonte de deveres jurídicos. Assim, tem-se como primordial o “direito do filho à companhia dos pais”, do qual resulta o “direito dos pais em realizar a visita do filho” e, como consequência, os respectivos deveres impostos aos genitores para que se torne possível a concretização dos direitos previstos.

No item anterior, ressaltamos o dever de visita do genitor que não possui a guarda do menor, qualificando tal dever na posição jurídica de obrigação automática oriunda do poder familiar, paralelamente à obrigação de sustento e contribuição material. Ocorre, todavia, que mesmo quando este dever é cumprido pelo genitor, impõe-se, em

nome do princípio da boa-fé objetiva, que seu exercício seja leal, respeitoso e responsável, para a garantia daquilo que melhor represente os interesses da criança e do adolescente e não haja qualquer prejuízo para o seu completo desenvolvimento físico, psíquico e social.

Do nosso ponto de vista, como direito, a visita não pode ser exercida de maneira irrestrita e prejudicial, sob pena do seu titular recair na hipótese do abuso prevista no art. 187 do Código Civil de 2002. Logo, o exercício do direito de visita deve respeitar os limites impostos pela boa-fé objetiva para que sejam atingidas as finalidades precípua da visitação, ou seja, minimizar o sofrimento e a dor causados pelo afastamento diário, manter íntegra a relação de afeto e garantir o pleno desenvolvimento da personalidade do menor. Portanto, com base no modelo desenhado pela boa-fé objetiva, devemos analisar o caso concreto e definir se há ou não o exercício abusivo apto a trazer restrições às visitas.

Vemos, assim, que em determinadas situações o titular do direito de visita, ansioso por exercer uma prerrogativa que lhe foi reconhecida, acaba por ultrapassar certos limites, cuja observância se mostra elementar em prol do interesse do visitado. Podemos citar, por exemplo, a hipótese do pai, que às vésperas de um exame de recuperação escolar do filho, leva-o a uma viagem, impedindo-o de estudar. Mesmo que se tenha cumprido os dias e horários fixados na regulamentação de visitas, está delineado o exercício excessivo de um direito, com resultados danosos à formação do menor. Em outra hipótese, denota abuso do direito de visitas o genitor que retira a criança do lar materno, para realizar um passeio, quando ela se mostra doente e indisposta para se ausentar daquele ambiente.<sup>313</sup>

---

<sup>313</sup> Com o objetivo de se preservar o superior interesse do menor, poderá, inclusive, haver a suspensão da visitação quando ficar constatado que esta medida é a única solução possível. Posto isso, registre-se a decisão a seguir: “Direito de visita. Justificável resistência do filho. Acompanhamento psicológico. Havendo uma grande resistência do filho à visitação, decorrente da postura da genitora que impunha de forma agressiva sua companhia, conforme constatado pelos estudos levados a efeito, imperioso respeitar a vontade do menor e suspender a visitação face a possibilidade de sobrevirem danos psicológicos ao mesmo. Cabível a aplicação de ofício de medida protetiva, de acompanhamento psicológico a todos os integrantes da família, face o estado de beligerância existente. Recurso provido, por maioria, com aplicação de medida protetiva.” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº. 700005907316, 7ª Câmara Cível, Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 04.06.2003).

De todo o modo, deve-se sempre buscar o superior interesse do visitado, o qual se concretiza por meio do atendimento de suas necessidades fundamentais relacionadas à saúde, educação, assistência emocional e ao devido amparo material e afetivo. O atendimento prioritário das necessidades biológicas, psicológicas e sociais do menor deve guiar o exercício do direito de visitas para que não haja excessos ou abusos que prejudiquem o seu desenvolvimento. Neste aspecto, as conclusões de Fabio Bauab Boschi:

*“A relação de visita deve sempre ter em conta o superior interesse do visitado, que está radicado no atendimento prioritário de suas necessidades biopsicossociais, a fim de que alcance integral desenvolvimento. Na tentativa de desvendar o superior interesse do visitado não se pode prescindir da sua oitiva pessoal, pelo magistrado, assim como da perícia interdisciplinar realizada pelos assistentes técnicos do Poder Judiciário.”<sup>314</sup>*

Por outro lado, o guardião do menor desempenha papel de suma importância para o bom desenvolvimento do direito de visita, sendo certo que qualquer obstrução ou tentativa sua de atrapalhar o exercício do direito pelo outro genitor mostra-se contrária aos deveres mútuos de lealdade e de cooperação que devem permear a relação entre os pais na criação dos filhos, mesmo após o rompimento do relacionamento afetivo que existiu entre eles. Por isso, no que concerne à visita, há que ressaltar que o princípio da

---

<sup>314</sup> Boschi, Fabio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 229. Parecem válidas, outrossim, as palavras de Luis Díez-Picazo (em idioma original): “No quisera concluir estas notas sin esbozar la idea de que en la preocupación casi obsesiva por el beneficio de los hijos, de los menores, de lo niños, que transparece en la cultura y en el Derecho modernos, parece encontrarse una resonancia de las ideas freudianas. Las represiones infantiles son las causas de las taras de la personalidad, y por consiguiente las causas de las taras del conjunto social de que esos individuos forman parte. Una infancia feliz es la condición precisa para un desarrollo mejor y más libre de la personalidad individual, y, por tanto de una sociedad mejor y más libre. En este sentido la cláusula del beneficio de los hijos puede encontrar su fundamento en la idea del libre desarrollo de la personalidad.” (*Família y derecho*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1984, p. 176).

boa-fé objetiva impõe ao guardião, ou a qualquer outra pessoa que esteja com o menor, fazer com que a visita transcorra normalmente, nos dias e horários pré-fixados, sendo ele impedido de criar qualquer espécie de obstáculo ou desculpa injustificada para a não realização do encontro.<sup>315</sup>

Ademais, o genitor que se encontra com a guarda do menor, em razão da conduta leal e da colaboração que dele se espera para a formação do filho, deve manter o respeito em relação ao visitante, de forma a não inculcar na criança um sentimento negativo que possa prejudicar o relacionamento paterno-filial. De outra parte, deve haver a colaboração para que os vínculos afetivos entre o menor e o genitor não-guardião sejam estreitados, o que nos leva a concluir sobre a vedação a qualquer ato que impeça a comunicação entre eles, mesmo em dias que não sejam destinados às visitas.

Com efeito, a boa-fé objetiva no âmbito da relação existencial formada entre pais e filhos impulsiona o nascimento de deveres de conduta impostos a cada um dos pais em relação ao vínculo afetivo que deve ser formado e mantido entre o filho e o outro genitor. Ou seja, ainda que haja ressentimentos e que um eventual espírito beligerante pairasse sobre o relacionamento dos pais, um não pode dificultar e atrapalhar a convivência do outro com o filho havido em comum. Em última análise, prepondera o respeito à dignidade da pessoa, com realce para o primordial interesse do menor em ter o seu desenvolvimento em um ambiente harmonioso e respeitoso.

---

<sup>315</sup> Em relação à dificuldade criada pelo guardião na realização da visita, Fabio Bauab Boschi preleciona que: “Quando se tratar da primeira reclamação do visitante, provada esta e não sendo o caso grave, o juiz poderá advertir o guardião, procurando conscientizá-lo dos seus deveres e das suas obrigações quanto à visita. Se já tiver havido advertência anterior, mas o guardião mostrar-se recalcitrante, então será o caso de o juiz determinar que se submeta a tratamento psicológico ou psiquiátrico e freqüente cursos ou programas de orientação familiar. Persistindo o guardião no propósito de impedir ou dificultar a visita ou não cumprindo a determinação judicial de submeter-se a tratamento psicológico e participar de curso de orientação familiar, dever-se-á destituí-lo da guarda ou, ainda, se o fato for grave, suspendê-lo ou destituí-lo do poder familiar (art. 22 c/c o art. 24 da Lei n. 8.069/90).” (Boschi, Fabio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 176 – 177).

Em suma, vê-se que, no terreno das visitas, são impostas aos pais algumas obrigações de fazer e de não fazer em respeito ao valor ético preconizado pelo princípio jurídico da boa-fé objetiva. Tem-se, portanto, a obrigação de fazer consistente com a realização das visitas nas datas e horários determinados, respeitando-se os limites necessários para a garantia daquilo que melhor representa os interesses do menor e, concomitantemente, tem-se a obrigação de não fazer baseada na impossibilidade de se criar obstáculos para a visitação, gerando, por conseguinte, uma atuação contributiva e incentivadora para o exercício pleno da visitação e para o fortalecimento da afetividade essencial nas relações familiares.

Saliente-se, ainda, que em se tratando de obrigação de fazer e não fazer, nos parece ser possível a imposição de uma multa (*astreintes*) com o objetivo de obrigar os pais a cumprirem a obrigação na forma específica, sem embargo de eventual ação de indenização visando à reparação dos danos patrimoniais e morais causados ao menor em razão de uma conduta negligente ou abusiva dos pais.<sup>316</sup>

Como defensor das *astreintes* no cumprimento das visitas, Rolf Madaleno salienta:

*“Por sinal, a aplicação de multa passa a ser importante instrumento jurídico para substituir de uma vez por todas a abjeta e drástica medida compreendida pela busca e apreensão de menores, palco de inesgotáveis traumas contra indefesas e desprotegidas crianças – subtraídas a fórceps por uma ordem judicial do convívio afetivo do genitor não guardião, que descurou do tempo de permanência*

---

<sup>316</sup> Veja-se a decisão a seguir do Tribunal de Justiça de São Paulo: “O exercício de visita da mãe para com o filho, supervisionado no fórum e que foi estabelecido em sentença, deve ser cumprido com eficiência pelo juiz da execução, inclusive aplicando multa diária para persuadir o opositor a não prejudicar o direito de convivência, variante da dignidade humana (art. 1º, III, da CF) – Inocorrência de ofensa a direito do impetrante, que busca, por vias oblíquas, obstaculizar a ordem neste sentido passada pelo Ministro relator do recurso especial – Denegação, com observação.” (Mandado de segurança nº 170.531-4/4, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, julgado em 04/2001).

*permitida ao salutar exercício do seu amor parental, tisonado por cenas dantescas e traumáticas de indescritível e dispensável violência processual.*”<sup>317</sup>

Ante o exposto, da mesma forma que os demais vínculos familiares existenciais, a visitação é marcada pela confiança em um determinado comportamento a ser desempenhado pelos outros membros da família e pela expectativa produzida em razão das ligações familiares de parentesco. Assim sendo, no caso específico das visitas, fica evidenciado que a satisfação dos interesses do menor depende de um comportamento que somente pode ser realizado pelos pais, detentores do poder familiar e do afeto necessário para o bom desenvolvimento da personalidade do filho. É, pois, exatamente sobre esse comportamento que atua a boa-fé objetiva, que é definido um padrão de atuação em consonância com a ordem civil-constitucional e é atribuído um caráter jurídico a uma obrigação de origem puramente ética.

Nessa linha de idéias, impõe-se a tutela da confiança que é depositada no comportamento alheio, principalmente nas relações existenciais de família, em que todos os vínculos estão relacionados à afetividade e à convivência. A rigor, pune-se, por meio da responsabilidade civil ou até mesmo mediante a imposição de multa, aquele que frustra uma expectativa gerada em razão de uma relação jurídica familiar, causando sofrimento, angústia, desgaste emocional, em prejuízo, em última instância, ao bem jurídico de maior realce: a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>317</sup> Madaleno, Rolf. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 47.

## CONCLUSÕES

As dificuldades envolvidas no estudo da boa-fé objetiva no direito de família são oriundas de diversos fatores, dentre os quais alguns são merecedores de breves comentários.

O primeiro deles decorre da indeterminação do próprio conteúdo da boa-fé objetiva, que por ser carecedor de valorações, impede que haja uma única conotação do princípio jurídico, tornando-se impossível, por conseguinte, uma delimitação taxativa dos reflexos trazidos pela boa-fé objetiva na dinâmica das relações jurídicas intersubjetivas de família. Com base no seu próprio conteúdo, a boa-fé objetiva demonstra uma relativa flexibilidade e ampliação dos seus contornos, sem, contudo, permitir que nos afastemos da busca pela sua correta acepção técnica-jurídica.

O segundo advém da automática associação que se faz do princípio jurídico da boa-fé objetiva com os contratos em geral. Em que pese o seu campo residir, por excelência, no direito das obrigações, sendo certa a sua aplicabilidade nas diversas espécies contratuais, desenvolvemos o nosso raciocínio no sentido de alargar as fronteiras da boa-fé objetiva. Desta feita, o trabalho teve como premissa a ampliação da aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva para as relações jurídicas patrimoniais e existenciais de família, posição até então pouco desenvolvida na doutrina e na jurisprudência.

O terceiro fator a ser considerado é a aparente existência de obstáculos para a materialização da boa-fé objetiva nos vínculos jurídicos oriundos do direito de família, principalmente se considerarmos a ausência de norma jurídica expressa e específica que assegure ser o aludido princípio um parâmetro para a definição de um padrão de comportamento exigido juridicamente no âmbito familiar. Sustentamos, por isso, o caráter

instrumental da boa-fé objetiva, ressaltando a possibilidade deste princípio jurídico servir de mecanismo efetivo para o controle de posições jurídicas familiares.

Ultrapassados esses obstáculos, eis as conclusões a que chegamos:

1. Para a coexistência pacífica dos indivíduos, o fenômeno social, representado pela família, precisa do direito como mecanismo de controle e direção da complexidade de deveres, poderes e faculdades nascidas das diversas relações interpessoais formadas no ambiente familiar.

2. A história do direito nos leva à compreensão da pessoa como foco central de todo o sistema jurídico. Isto se reflete, no direito de família, na necessidade de as relações cumprirem a missão de garantir a cada um de seus membros a defesa da dignidade e de direitos que são inerentes à condição humana. Ou seja, a evolução do direito nos permite concluir que a família é, hoje, considerada um núcleo necessário para o desenvolvimento da personalidade e de promoção da dignidade de seus membros.

3. Após longa transformação do direito de família, observamos o papel de destaque da proteção dos direitos individuais de cada elemento pertencente ao grupo familiar, fator que garante o surgimento de um sistema de valores.

4. Os valores inseridos na Constituição Federal de 1988, dos quais podemos destacar a dignidade humana, a solidariedade social e a igualdade substancial, norteiam a formulação dos princípios jurídicos estruturais do nosso sistema. É, pois, nesse contexto que também deve ser entendido o princípio da boa-fé objetiva, introduzindo-o em uma perspectiva civil-constitucional.

5. A arquitetura familiar contemporânea é, portanto, marcada por valores e princípios constitucionais. A construção atual do direito de família desponta para a dignidade humana, para a solidariedade familiar, para a igualdade entre os sujeitos da família, resultando, enfim, na valorização da afetividade.

6. O direito de família deve influenciar o conteúdo e a qualidade das relações familiares, impondo padrões de comportamento e estabelecendo, por meio de medidas concretas, a incorporação dos valores constitucionais no ambiente familiar.

7. Admite-se, em determinadas situações, a intervenção pública na atmosfera privada da família, o que se justifica tão-somente pela necessidade de se preservar as pessoas do grupo familiar, tudo isto em consonância com o sistema constitucional de proteção à família, à criança, ao adolescente e ao idoso.

8. Na atmosfera do direito de família, a solidariedade apregoada pela Constituição Federal de 1988 impõe um dever de auxílio mútuo entre os sujeitos, não apenas no aspecto material, mas também no aspecto extrapatrimonial, preconizando, dessa forma, os deveres de cooperação, respeito e afeto entre cônjuges, companheiros, pais e filhos.

9. O direito civil atual abandonou o modelo rígido e extremamente formal para adotar um método mais flexível, fundado em cláusulas gerais inspiradas em valores e princípios constitucionais. Essa nova metodologia faz com que o sistema jurídico seja visto de forma globalizada, de modo que os valores sejam interligados e que entre os princípios haja conexões evidentes.

10. Por tais razões, vemos que a boa-fé objetiva, por conter valores essenciais, de conteúdo generalizante, deve ser posicionada como um princípio geral a ser priorizado em todo o direito e nas diversas espécies de relações jurídicas, inclusive no que concerne às relações familiares. Assim, consideramos que não há como isolar o fenômeno ético, de magnitude constitucional, em relações jurídicas exclusivamente obrigacionais.

11. Os valores da dignidade humana, igualdade e solidariedade estruturam o direito civil-constitucional, gerando reflexos na formulação dos princípios jurídicos familiares contemporâneos. Tais valores centrais dão ensejo a outros, tidos como de

decorrência lógica, dentre os quais merecem destaque o afeto, a confiança, o respeito, a lealdade e a responsabilidade.

12. Ademais, os valores da eticidade e da socialidade presentes no Código Civil de 2002 emprestam o seu conteúdo para os princípios regentes da família. Logo, tais valores devem orientar a complexidade de vínculos jurídicos familiares.

13. São princípios fundamentais do direito de família: a) princípio da dignidade da pessoa humana; b) princípio da igualdade das relações familiares e de seus membros; c) princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; d) princípio da não-intervenção ou da liberdade; e) princípio da solidariedade familiar; f) princípio da afetividade; g) princípio da função social da família; h) princípio da responsabilidade patrimonial nas relações familiares; e, por fim, o que é objeto deste trabalho, o *princípio da boa-fé objetiva e do respeito à confiança nas relações patrimoniais e existenciais da família*. Novamente, vale ressaltar a importância da aplicação conjunta e da compreensão interligada de tais princípios, haja vista a clara conexão existente entre eles.

14. A ética confere ao direito o substrato material necessário para a produção de normas jurídicas. Desta feita, os deveres éticos de lealdade e de boa-fé assumem a posição de paradigma para o direito no âmbito de regulação das condutas praticadas nas relações interpessoais.

15. A boa-fé objetiva se caracteriza por ser uma regra de conduta, um dever das partes em se pautar pela honestidade, lealdade e cooperação em suas relações jurídicas. Por meio da boa-fé objetiva fixa-se um padrão objetivo de conduta baseado no homem médio, diligente e bom pai de família. Logo, a boa-fé objetiva é um princípio que identifica um padrão de comportamento esperado das partes e exige que elas se portem, na relação jurídica, de forma leal, harmônica, equilibrada e sem que haja qualquer abuso no exercício de faculdades jurídicas. Trata-se, em suma, de uma atuação refletida, representada pelo

respeito aos interesses legítimos e às expectativas razoáveis dos demais membros da relação jurídica estabelecida.

16. Diante disso, observa-se que o princípio jurídico da boa-fé objetiva é fonte autônoma de direitos e obrigações. A relação jurídica é permeada de diversos compromissos implícita e automaticamente assumidos em decorrência da obrigatoriedade de observância da boa-fé objetiva.

17. A boa-fé objetiva, como cláusula geral, possui a característica peculiar de permitir ao juiz o preenchimento do seu conteúdo com os valores indicados para aquele caso concreto. Dessa forma, o sistema jurídico torna-se mais flexível, permitindo uma maior atividade criadora do juiz. Dizemos, por isso, que o direito assume uma feição mais concretizada, ampliando a significação puramente abstrata e formal trazida pela lei. A partir dessa conclusão, atesta-se o quão relevante é o papel da jurisprudência na construção de modelos de comportamentos pautados na cláusula geral da boa-fé objetiva.

18. A boa-fé objetiva, além de cláusula geral expressamente prevista para os contratos no art. 422 do Código Civil de 2002, é também princípio geral, devendo ser posicionada como uma regra jurídica que norteia o juiz na interpretação do ato, negócio, na aplicação da norma ao caso concreto e no estabelecimento do conteúdo de todas as relações jurídicas.

19. Diante da amplitude e da flexibilidade dos reflexos trazidos pelo princípio da boa-fé objetiva, é impossível identificar taxativamente quais deveres são impostos às partes, devendo tal definição decorrer da situação concreta e dos interesses envolvidos naquele caso específico.

20. Tomando por base a doutrina germânica, reconhecemos na boa-fé objetiva a função interpretativa, a função integrativa de criação de deveres anexos e a função restritiva do exercício abusivo de direitos.

21. Mesmo com as suas devidas limitações, identificamos a incidência da autonomia privada nos vínculos jurídicos oriundos do direito de família, devendo-se ressaltar, contudo, a idéia da boa-fé objetiva como restrição essencial no exercício dos direitos subjetivos.

22. Ao delinear os contornos dogmáticos da boa-fé objetiva nas relações familiares, a definimos como um princípio geral de colaboração e lealdade recíproca entre os sujeitos, que se traduz por meio dos deveres concretos de cooperação mútua e recíproca, de lealdade, de cuidado e de preservação das expectativas geradas.

23. Tendo como ponto de partida a natureza afetiva e personalíssima das relações formadas no ambiente familiar, é fundamental, em nome da boa-fé objetiva, a tutela jurídica da confiança e a preservação das expectativas produzidas pelas partes.

24. A proibição do comportamento contraditório exige que cada um dos sujeitos da relação jurídica não contrarie os próprios atos anteriormente praticados, violando as expectativas despertadas no outro e causando-lhe prejuízos. No direito de família, tal proibição resume-se no dever de manutenção do comportamento leal e cooperativo, de acordo com as promessas e probabilidades projetadas, evitando-se, com isso, o exercício abusivo de direitos.

25. A boa-fé subjetiva expressa um estado psicológico do sujeito em uma relação jurídica, vinculando-se à noção de erro ou falsa percepção da realidade. No direito de família, podemos destacar a hipótese do casamento putativo, em que os cônjuges ou pelo menos um dos cônjuges, desconhecendo a causa de nulidade ou anulabilidade, reputa o ato como válido.

26. A materialização da boa-fé objetiva impõe uma articulação coordenada com diversas regras e institutos jurídicos, com vistas a produzir efeitos que estejam em harmonia com os fins delineados em valores e princípios gerais. Logo, nos posicionamos

no sentido de concretizar a boa-fé objetiva no direito de família por meio da aplicação conjunta de regras jurídicas de outros institutos e ramos do direito, dos quais podemos destacar a vedação ao enriquecimento ilícito ou sem causa, a responsabilidade civil, a mora, a resolução contratual, a aplicação de multa para as obrigações de fazer e não fazer, o abuso de direito, dentre outros que se fizerem necessários.

27. Feita a análise de algumas situações conflituosas provenientes do universo familiar, verificamos que em muitas decisões jurisprudenciais a solução para se preservar os deveres de probidade, lealdade e de colaboração intersubjetiva se dá via invocação do princípio da proibição do enriquecimento ilícito ou sem causa.

28. De outra parte, com base no novo modelo jurídico familiar, consolidado na solidariedade e na afetividade, vislumbramos que o rompimento de deveres inerentes aos vínculos familiares pode ser enquadrado como ilícito civil a ser indenizado. Portanto, a boa-fé objetiva pode ser efetivada nas relações familiares por meio da responsabilidade civil, tendo por pressuposto o ato ilícito, o qual, *in casu*, é identificado por uma ação ou omissão de um dos membros do grupo familiar que causa no outro um dano ao seu patrimônio, ou, indo mais além, à sua personalidade e dignidade.

29. Ademais, sob o pálio da boa-fé objetiva, promessas não cumpridas e legítimas esperanças frustradas, também nas relações familiares, geram sofrimento, tristeza, vexame e humilhação, que dão ensejo ao dano moral indenizável e à devida reparação patrimonial.

30. A boa-fé objetiva transforma os deveres morais de lealdade, de respeito, de colaboração e de preservação da confiança em deveres jurídicos, de forma que o seu descumprimento faz nascer a responsabilidade civil.

31. Além disso, estes deveres jurídicos devem ser encarados objetivamente, como uma postura concreta juridicamente exigível, podendo, no mais das vezes, não

coincidir com o aspecto subjetivo interno, relacionado a sentimentos ou emoções, seara na qual o direito não pode interferir. Assim, não há como exigir que o sujeito ame ou respeite, em seu foro íntimo, o outro sujeito com quem mantenha algum vínculo de origem familiar. É certa, todavia, a possibilidade do direito exigir a exteriorização de um comportamento familiar que seja leal, respeitoso e contributivo para o desenvolvimento pessoal dos demais membros da família.

32. Em linhas gerais, tanto nas relações patrimoniais de família quanto nas relações existenciais, a boa-fé objetiva tende a manter um ambiente familiar privilegiado para a promoção da dignidade de seus membros.

33. Analisando alguns efeitos concretos da boa-fé objetiva nas relações patrimoniais de família, firmamos o nosso entendimento de que a situação de extrema sujeição patrimonial de um dos cônjuges em relação ao outro, estabelecida no pacto antenupcial, pode vir a representar uma violação ao princípio jurídico da boa-fé objetiva.

34. A boa-fé objetiva também estabelece que na alteração do regime de bens do casamento haja recíproca retidão e honestidade entre os cônjuges, devendo-se ressaltar, igualmente, os legítimos interesses de terceiros.

35. Podemos dizer, enfim, que embora não seja possível obrigar os cônjuges a manterem entre si laços de afetividade, exige-se, com base na boa-fé objetiva, que estes ajam de forma leal na dissolução do vínculo e na partilha de bens.

36. O contrato de convivência é um ato jurídico movido pela autonomia privada e, como tal, é natural a incidência do princípio geral da boa-fé objetiva em todos os seus aspectos. Dentre os vários desdobramentos possíveis da aplicação da boa-fé objetiva no contrato de convivência, podemos concluir que a retroatividade dos efeitos produzidos no ajuste que estabelece o regime da separação de bens pode contrariar a boa-fé objetiva, em razão de desconsiderar o esforço comum realizado pelos conviventes para a aquisição

dos bens adquiridos anteriormente ao pacto, gerando, assim, um enriquecimento indevido de um deles.

37. Nas obrigações alimentares, a boa-fé objetiva faz com que haja a proibição do enriquecimento indevido daquele que auferir rendimentos de outrem, sem que haja a real necessidade para tanto, uma vez que possui condições de prover a sua própria subsistência.

38. A admissibilidade da renúncia dos alimentos livremente declarada pelo cônjuge ou convivente no ato de dissolução preserva o valor jurídico da vontade manifestada, garantindo, por consequência, uma situação de segurança para as partes, condizente com os parâmetros do princípio da boa-fé objetiva.

39. Paralelamente à regra da irrepitibilidade dos alimentos, devemos considerar que o crédito indevido da pensão alimentícia, quando se mostrar injustificado e desleal, deve ser restituído em prol da tutela concreta do princípio da boa-fé objetiva.

40. No plano das relações existenciais de família, a boa-fé objetiva faz com que o ambiente familiar seja tomado por obrigações fundadas na cooperação e na lealdade, dando espaço para a materialização do valor jurídico da afetividade.

41. Sobre a discussão da culpa na separação judicial, quando esta é movida simplesmente pela ausência de vontade em permanecer casado, asseveramos que a obrigatoriedade de se encontrar um culpado impõe um espírito de rivalidade e de vingança que não se coaduna com o princípio da boa-fé objetiva.

42. A boa-fé objetiva na paternidade socioafetiva deve atuar de forma a impedir que seja contrariada a relação de afeto cultivada por longo período, preservando-se as expectativas produzidas em decorrência do vínculo.

43. O descaso, o desinteresse, a irresponsabilidade e o abandono afetivo dos pais em relação aos filhos menores nos levam a inferir que há um descumprimento dos

deveres impostos pela boa-fé objetiva em razão do exercício do poder familiar. Logo, na relação paterno-filial, a boa-fé objetiva, sob o enfoque da afetividade, estabelece uma atuação positiva e responsável, visando à preservação do melhor interesse da criança e do adolescente.

44. No tocante ao direito de visitas, chegamos à conclusão de que são impostas a ambos os pais (guardião e visitante) algumas obrigações de fazer e não fazer em respeito ao valor ético preconizado pelo princípio jurídico da boa-fé objetiva.

45. Por fim, urge dizer que diante do panorama conflituoso da sociedade atual, que se reflete na atmosfera familiar, notadamente marcada por rivalidades, litígios, desencontros e rompimentos afetivos, não resta, para nós, qualquer dúvida quanto à necessidade de se repensar o direito de família sob a ótica da boa-fé objetiva.

46. O ideal de construção de uma sociedade efetivamente livre, justa e solidária só será possível se a família, como célula social, estruturar-se em bases sólidas de lealdade, do respeito, da colaboração mútua entre os membros do grupo familiar, tudo isso aliado à priorização dos laços afetivos, que fazem da família um ambiente fundamentalmente confiável e seguro.

47. Assim sendo, há que se ressaltar a importância da prática jurídica e da atividade jurisdicional na construção deste novo modelo familiar, deixando de lado o tradicional modo de ver os sujeitos das relações familiares como entes abstratos e impossíveis de serem controlados. Assim, os sujeitos devem ser analisados concretamente, de perto, tornando-se possível um controle interno na qualidade dos atos por eles praticados.

48. As relações familiares afastam-se do plano meramente formal, devendo o direito ser instrumento efetivo para a interferência direta nos comportamentos desempenhados. É, pois, exatamente neste contexto que o princípio da boa-fé objetiva

torna-se mecanismo fundamental para garantir um padrão de conduta familiar que seja compatível com os valores e princípios constitucionais.

## BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14: 20-27, abr./jun., 1995.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. *Aspectos da paternidade no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato: de acordo com o novo Código Civil, Lei 10.406 de 10-01-2002*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

BALBINO, Renata Domingues Barbosa. O princípio da boa-fé objetiva no novo Código Civil. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXII, n. 68: 111-119, dez./02.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: La famiglia – Le successioni*. Terza edizione riveduta e aggiornata. Milano: Giuffrè, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5. ed. atualizada por Eduardo Carlos e Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

\_\_\_\_\_; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

BOSCARO, Márcio Antonio. *Direito de filiação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: Welter, Belmiro Pedro (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRUTAU, José Puig. *Fundamentos de derecho civil, teoria preliminar: introducción al derecho, principios generales del derecho*. Barcelona: Bosch, 1989.

CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Família e sucessões no Código Civil de 2002: acórdãos, sentenças, pareceres, normas administrativas e projetos legislativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 2.

\_\_\_\_\_. *Família e sucessões no Código Civil de 2002: acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 1.

\_\_\_\_\_. A Súmula nº. 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. In: *Revista do Advogado. Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 76, p. 27 - 32, jun./2004.

\_\_\_\_\_. Dos alimentos. In: Dias, Maria Berenice; Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 4. ed. 2. tir. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_; Herance Filho, Antonio; Rosa, Karin Regina Rick *et al.* *Escrituras públicas: separação, divórcio, inventário e partilha consensuais: análise civil, processual civil, tributária e notarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 10. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAMPOS, Diogo Leite de. A nova família. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor: inovações e tendências: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CAMPOS, Eduardo. *Direito de família*. Coimbra: Almedina, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da culpa no direito de família. In: Tartuce, Flávio; Castilho, Ricardo (Coord.). *Direito civil: direito patrimonial: direito existencial*. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novas Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

CAVALCANTI, Lourival Silva. *União estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CHORÃO, Mário Bigotte. *Introdução ao direito: o conceito de direito*. Coimbra: Almedina, 1998, 1 v.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

COUTO E SILVA, Clóvis do. Princípios para reforma do direito de família. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*. Rio de Janeiro, ano 32, n. 135: 154-192, jul./set., 1975.

\_\_\_\_\_. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: *Estudos de direito civil brasileiro e português: I Jornada luso-brasileira de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: Fradera, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental de direito civil. In: Martins-Costa, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre: à luz das Leis 8.871/94 e 9.278/96*. 2. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2003.

DE CICCO, Cláudio. *Direito: tradição e modernidade*. São Paulo: Ícone, 1993.

DELGADO, José Augusto. A ética e a boa-fé no novo Código Civil. In: Delgado, Mario Luiz; Alves, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004, 1 v.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev., atual. e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. A ética na jurisdição de família. In: Pereira, Tânia de Silva; Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Família y derecho*. Madrid: Civitas, 1984.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, 3 v.

\_\_\_\_\_. *Código Civil anotado*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Direito à convivência familiar. In: Tartuce, Flávio; Castilho, Ricardo (Coord.). *Direito civil: direito patrimonial: direito existencial*. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, 5 v.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, 7 v.

DONADEL, Adriane. Efeitos da constitucionalização do direito civil no direito de família. In: Porto, Sérgio Gilberto; Ustárroz, Daniel (Org.). *Tendências constitucionais no direito de família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Atual. por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001.

ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: Welter, Belmiro Pedro; Madaleno, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

\_\_\_\_\_. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao novo Código Civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 18 v.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Edições Podivm, 2007.

\_\_\_\_\_. *Escritos de direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

FRAGA, Thelma. *A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto*. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de direito civil*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito de família brasileiro: introdução – abordagem sob a perspectiva civil-constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

\_\_\_\_\_. Separação de fato e ética no direito de família. In: Pereira, Tânia da Silva; Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos: teoria geral*. 2. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, 4 v.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. O princípio da boa-fé objetiva. In: Gozzo, Débora; Alves, José Carlos Moreira; Reale, Miguel (Coord.). *Principais controvérsias no novo Código Civil: textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Orlando. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.

\_\_\_\_\_. *Obrigações*. rev., atual. e aum. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002: breves comentários*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2005, 6 v.

GONÇALVES, Denise Willhelm. Regime de bens no Código Civil brasileiro vigente. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 5, n. 22, p. 109-127, fev./mar. 2004.

HERVADA, JAVIER. *Introducción crítica al derecho natural*. 9. ed. Navarra: Universidad de Navarra, 1981.

IRTI, Natalino. *Intervista sul diritto privato*. Padova: Antonio Milani, 1988.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Edições e Publicações Brasil Editora, 1969.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e eticidade familiar constitucionalizada. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Anotações sobre o abuso de direito. In: Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, p. 136 – 156, jun./jul., 2004.

\_\_\_\_\_. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. *Jus Navegandi*, Teresina, a. 9, n. 711, 16 jun. 2005. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6903>. Acesso em: 03.07.2005.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização do direito civil. In: Farias, Cristiano Chaves de (Coord.). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Podivm, 2007.

\_\_\_\_\_. Princípio da solidariedade familiar. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, edição de lançamento, p. 144-159, out./nov., 2007.

\_\_\_\_\_. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACCHIA, Angelo. La carta dell'O.N.U. come piattaforma giuridica della coesistenza pacifica. In: *La funzione del diritto nell' attuale momento storico*. Roma: Mario Bulzoni Editore, 1969.

MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de família: aspectos polêmicos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. n. 27, p. 69-78, out./dez. 2004.

\_\_\_\_\_. Renúncia de alimentos. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 27, p. 146-160, dez./jan. 2005.

\_\_\_\_\_. A retroatividade restritiva do contrato de convivência. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 7, n. 33, p. 147-160, dez./jan. 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_; BRANCO, Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 5 v.

MARTINS, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Função social da propriedade e o Código Civil de 2002. In: Nery, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. Atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa. *RT*, v. 590, dez. 1994.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: Da Silva, Ives Gandra; Mendes, Gilmar Ferreira; Franciulli Netto, Domingos (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

\_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 15 de junho de 2005*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY, Rosa Maria de Andrade. A proteção civil da vida humana. In: Nery, Rosa Maria de Andrade; Penteadó, Jaques de Camargo (Org.) *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

\_\_\_\_\_. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OPPO, Giorgio. Sui principi generali del diritto privato. *Revista de Diritto Civile*, ano XXXVII, n.1, 1991.

OTERO, Marcelo Truzzi. A separação judicial no Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 7, n. 34, p. 31-64, fev./mar. 2006.

PASSARELI, Francesco Santoro. *Intervista sul diritto privato*. Padova: Antonio Milani, 1988.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. O princípio da eticidade na nova ordem civil brasileira. In: Nery, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. 20. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 5 v.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. 14. ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 5 v.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Atual. com base no novo Código Civil por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Direitos fundamentais e relações familiares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. O cuidado como valor jurídico. In: \_\_\_\_\_; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A boa-fé como um “mar sem fronteiras” e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 392, p. 168-190, jul./ago., 2007.

POITTEVIN, Ana Laura González. Dano moral e infidelidade. In: MADALENO, Rolf (Coord.). *Ações de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Org.). *Tendências constitucionais no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina, 1997.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Visão geral do novo Código Civil*. Pronunciamento proferido na Academia Paulista de Letras em 29 de novembro de 2001, reconstituído pelo autor.

\_\_\_\_\_. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

REZENDE, Joubert R. Direito à visita ou poder-dever de visitar: o princípio da afetividade como orientação dignificante no direito de família humanizado. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 28, p. 150-160, fev./mar. 2005.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Alguns aspectos da filiação nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. In: Teixeira, Sávio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor: inovações e tendência: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de Família*. 27. ed. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002, 6 v.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 2. ed. Trad. da 6. ed. italiana e atual. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2005, 1 v. e 2 v.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Autonomia de vontade e os regimes matrimoniais de bens. In: Welter, Belmiro Pedro; Madaleno, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. A obrigação alimentar na perspectiva ética. In: Pereira, Tânia da Silva; Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil alemão: direito de família*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHUH, Lizete Peixoto. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8, n. 35, p. 53-77, abr./mai. 2006.

SEGURADO, Milton Duarte. *Introdução ao direito romano: com remissões ao Código Civil brasileiro*. Campinas: Mizuno, 2002.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 25, p. 122-147, ago./set. 2004.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. A culpa nas relações de família. In: Delgado, Mário Luiz; Alves, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas no direito de família e sucessões*. São Paulo: Método, 2005, 3 v.

SOUZA, Luiz Antônio de. *A boa-fé objetiva como princípio geral, paradigma da conduta da sociedade contemporânea e fundamento do dever de indenizar*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2004, 377 f.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em <[http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce\\_princfam.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_princfam.doc)> Acesso em: 15.02.2007.

\_\_\_\_\_. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano VIII, n. 35, p. 05-32, abr./mai. 2006.

\_\_\_\_\_.; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito civil: direito patrimonial: direito existencial*. Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_.; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: Farias, Cristiano Chaves de (Org.). *Leitura complementares*

*de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Edições Podivm, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz e. Teoria geral da boa-fé objetiva. *Revista do Advogado*. São Paulo, ano XXII, n. 68, p. 100-110, dez./2002.

VASCONCELOS, Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995 *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos, teoria geral*. 2 ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, 4 v.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

VIEWYIG, David. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. Rev. Ari Sólon. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALD, Arnoldo. *Direito de família*. 9. ed. rev., ampl. e atual. com a colaboração de Luiz Murillo Fábregas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZANNONI, Eduardo A. *Derecho civil: derecho de familia*. Tomo 1. 2. edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993.

ZIMERMAN, David. Uma visão psicanalítica da ética. In: \_\_\_\_\_; Coltro, Antônio Carlos Mathias (Coord.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002, *apud* DIAS, Maria Berenice. A ética na jurisdição de família. In: Pereira, Tânia da Silva; Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.