

Boa-fé objetiva processual e a guarda de filhos

Arthur Lopes Lemos¹

Vitor Rodrigues Gama²

Resumo: O presente artigo aborda a boa-fé objetiva processual como norma fundamental do Processo Civil Brasileiro, analisando sua efetiva influência na condução do procedimento utilizado como instrumento de solução de conflitos envolvendo guarda de filhos. O direito humano de convivência familiar, tutela a efetivação das relações paterno-filial e materno-filial. Com os avanços sociais, a família antes compreendida como uma estrutura culturalmente modelada em uma relação entre pai, mãe e filho, passa por novos arranjos familiares, onde se identifica principalmente a necessidade de reconhecimento de afeto e amor ainda que não oriundos de vínculo biológico, sobretudo com o escopo de que seja garantida a relação entre a mãe e o filho, e deste e seu pai, mesmo após o término do relacionamento. Assim, a guarda dos filhos surge como um dos principais objetos de conflito ao término dos relacionamentos. A boa-fé processual impõe objetivamente aos sujeitos do processo um comportamento ético e leal, estabelecendo como premissa elementar que seja um ambiente dialético com comportamentos regrados e de respeito ao ordenamento jurídico posto, não sendo permitidos abusos e violações de direitos.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva processual; Norma fundamental do processo civil; CPC/2015; Guarda de filhos.

Introdução

O processo civil brasileiro passou por significativa mudança no ano de 2015, por meio do novo código de processo. O CPC/2015 institui uma nova etapa da norma processual civil brasileira, alicerçada na constitucionalização do processo, pautada em vetores diretivos — valores fundamentais, boa-fé processual, cooperação, efetivo contraditório, vedação a surpresas processuais etc — para uma prestação jurisdicional eficiente, tempestiva, satisfativa e justa.

Neste sentido, a pesquisa se propõe a examinar o modelo de cláusula geral de boa-fé objetiva processual em relação às demandas de guarda de filhos, os regramentos típicos e atípicos, que permeiam todo o texto do código, sem, contudo, deixar de analisar sua extensão e forma de aplicação em relação àqueles que de qualquer forma participam do processo.

¹ Mestrando em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo.

² Mestrando em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo.

Diante deste panorama, se apresentará um breve histórico da boa-fé, fazendo-se um recorte doutrinário com base na doutrina germânica, seus desdobramentos, e sua influência no direito processual, notadamente, o modelo brasileiro.

Em seguida, será abordado o regramento típico introduzido pelo CPC/2015, as hipóteses de aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva processual para situações atípicas, bem como, a imposição do princípio-norma em relação a todos os participantes do processo.

Com tais premissas fixadas, será analisado o modelo de cláusula geral de boa-fé objetiva processual em relação às demandas envolvendo guarda de filhos e os problemas dela decorrentes.

A pesquisa se insere no eixo temático relativo às normas fundamentais do processo civil, sendo de indispensável importância sua compreensão sobre todos os aspectos, sobretudo, as já consagradas concretizações da doutrina germânica derivadas da *Treu und Glauben* e extensão em relação aos sujeitos envolvidos nos processos de guarda de filhos. Para este mister, recorre-se à pesquisa bibliográfica — sobretudo de doutrinadores de referência no direito processual civil e direito civil —, e com fundamento em tal pesquisa, mediante um raciocínio dedutivo, chega-se à conclusão ao final exposta.

O surgimento da boa-fé objetiva processual

Segundo Antônio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro, ao direito comercial deve-se a história moderna da boa-fé (MENEZES CORDEIRO, 2001. p. 371). Tanto assim que, no direito romano, já havia predominância da boa-fé nos espaços de tráfego comercial, estabelecendo, já nessa época, a proibição do *venire contra factum proprium*, a proteção da confiança e a inadmissibilidade do abuso de posições formais.

No Brasil, a primeira menção à boa-fé se deu no Código Comercial de 1850, em seu artigo 131,³ o qual exigia a interpretação das obrigações e contratos mercantis conforme a boa-fé.

Diz-se que as pregações por um procedimento honestamente conduzido são tão antigas quanto o próprio processo. A preocupação com a ética é especialmente sensível no processo pela existência de um conflito de interesses, contexto em que os interessados atuam buscando a prevalência de suas posições, utilizando-se do agir estratégico (CABRAL, 2010, p. 237).

O direito como instrumento hábil de concretização de justiça não caminha sem a moral. Ao contrário, opera sua engrenagem normativa imbuída de valores éticos. O processo — compreendido como procedimento em contraditório (FAZZALARI, 2006, p. 109-125) —, culturalmente o principal mecanismo de produção de justiça em ambiente garantido pelo devido processo legal, necessita que a concatenação dos atos procedimentais seja realizada de forma honesta, leal.

³ Art. 131 - 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;

Adverte Antonio do Passo Cabral que por isso, e principalmente em relação às partes, houve progressiva necessidade de regramento de sua conduta processual, estabelecendo o ordenamento um complexo de regras dos quais a doutrina tradicional extraía do princípio da probidade, uma cláusula genérica de conduta ética no processo e que, na sua clássica aceção, dizia respeito às sanções de litigância de má-fé. (CABRAL, 2010, p. 237).

No direito comparado, a maioria dos diplomas processuais concretizam no plano do direito positivo a cláusula geral da boa-fé processual, merecendo destaque para: o dever de boa fé processual do artigo 8^o do CPC Português; o dever de lealdade e probidade do art. 88⁵ do Codice di procedura civile Italiano; a cláusula geral da boa-fé objetiva processual no art. 52⁶ do ZPO Suíço; o dever de verdade no § 138⁷ do ZPO Alemão e a importante cláusula geral da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) prevista no § 242⁸ do BGB Alemão.

⁴ Artigo 8.º

Dever de boa-fé processual

As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior.

Redação do CPC Português de 2013.

Artigo correspondente ao 266-A do CPC Português de 1961 que tinha a seguinte redação: Artigo 266-A (Dever de boa fé processual) As partes devem agir de boa fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior.

⁵ Art. 88. (Dovere di lealtà e di probità) Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità. In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve riferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi.

Em tradução livre: Art. 88. (Dever de lealdade e probidade) As partes e seus defensores têm o dever de atuar no tribunal com lealdade e probidade. Caso um defensor não o faça, o tribunal deve informar as autoridades que exercem o poder disciplinar sobre eles.

Redação do CPC Italiano de 1940.

⁶ Art. 52 Handeln nach Treu und Glauben

Alle am Verfahren beteiligten Personen haben nach Treu und Glauben zu handeln.

Em tradução livre: Art. 52 Atuando de boa fé

Todas as pessoas envolvidas no processo devem agir de boa fé.

⁷ Zivilprozessordnung

§ 138 Erklärungsspflicht über Tatsachen; Wahrheitspflicht

(1) Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben.

(2) Jede Partei hat sich über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären.

(3) Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.

(4) Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind.

Em tradução livre: Processo Civil

§ 138 Obrigação de explicar fatos; dever verdade

(1) As partes devem apresentar suas declarações de informações factuais de forma completa e verdadeira.

(2) Cada parte tem que se explicar sobre os fatos alegados pelo oponente.

(3) Os fatos que não são expressamente contestados devem ser considerados como tendo sido concedidos, a menos que a intenção de contestá-los seja evidente nas demais declarações da parte.

(4) Uma explicação sem conhecimento só é admissível em fatos que não foram nem as próprias ações do partido nem o objeto de sua própria percepção.

Redação do CPC Alemão de 1877.

⁸ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

§ 242 Leistung nach Treu und Glauben

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die

O Código de processo civil brasileiro de 1973 já estabelecia regras gerais de conduta de comportamento com base na lealdade e na boa-fé. Importante salientar a evolução da redação originária do art. 14⁹ que impunha os deveres apenas para as partes e seus procuradores, sendo, corretamente pela reforma legislativa através da Lei nº 10.358/2001¹⁰, estendendo a regra de comportamento não somente às partes, mas, também, a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo.

A partir de 2015, com o advento do novo Código de processo civil, passa-se do modelo assimétrico para o modelo cooperativo (MITIDIERO, 2015, p. 83-97), o princípio da boa-fé processual adquire o *status* de norma fundamental de processo civil através do art. 5^o¹¹, isto é, uma cláusula geral da boa-fé processual objetiva que passa a pautar todas as relações processuais civis em *standards* de lealdade, confiança, honestidade e boa-fé.

Oportuno ressaltar que o instituto da boa-fé se subdivide em objetiva e subjetiva.

Boa-fé: objetiva e subjetiva

O termo boa-fé *subjetiva* denota estado de consciência, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito sendo aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 411).

Na 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

Verkehrssitte es erfordern.

Em tradução livre: Código Civil (BGB)

Seção 242 Desempenho de boa fé

O devedor é obrigado a efetuar o serviço de forma que exija boa fé no interesse do público.

⁹ Art. 14. Compete às partes e aos seus procuradores:

¹⁰ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

¹¹ Art. 5o Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

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. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 411).

Ensina Antonio do Passo Cabral que a chamada boa-fé *objetiva* (*Treu und Glauben*, a boa-fé/lealdade) funda-se em padrões de conduta social, visando a estabilizar as interações intersubjetivas a partir do que se espera dos demais membros. Pretende-se a proteção às expectativas que os indivíduos nutrem uns dos outros na comunidade. (CABRAL, 2010, p. 241). 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. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 412).

A boa-fé objetiva teve sua importante consolidação e desenvolvimento na doutrina germânica (BGB, §242) através do brocardo *Treu und Glauben*.

Contribuição da doutrina germânica na aplicação da boa-fé (Treu und Glauben) ao processo

A doutrina alemã contribuiu significativamente com quatro casos de aplicações da boa-fé ao processo: a) proibição de criar dolosamente posições processuais, ou seja, proibição de agir de má fé; b) proibição de *venire contra factum proprium*; c) proibição de abuso de direitos processuais; e d) *Verwirkung* (*supressio*).

A proibição de criar dolosamente posições processuais são as hipóteses tipicamente previstas na legislação processual civil entre os artigos 77 a 81¹² do CPC. São os conhecidos

¹² Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.

§ 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.

§ 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

atos de litigância de má fé, os quais o legislador imputa responsabilidade às partes por eventual dano processual causado a outrem. Ressalta-se que nos termos do art. 81, além da responsabilidade por perdas e danos em razão de litigância de má fé, será imposto ao litigante de má fé o pagamento de multa, honorários advocatícios e todas as despesas decorrentes do ato.

Pela proibição de *venire contra factum proprium*, não é permitido que o sujeito aja de forma contraditória em relação aos seus próprios atos no processo e mesmo fora dele. (VINCENZI, 2003, p. 130). A expressão traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo titular do direito. Com efeito, cuida-se de dois comportamentos, lícitos e sucessivos, porém o primeiro (*factum proprium*) é contrariado pelo segundo. O fundamento técnico-jurídico de instituto não se alicerça na questão da contradição das condutas em si — pois não é possível ao direito eliminar as naturais incoerências humanas —, mas na proteção da confiança da contraparte, lesada por um comportamento contraditório, posto contrário à sua expectativa de benefício justamente gerada pela conduta inicial. (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 204).

§ 6o Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2o a 5o, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

§ 7o Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2o.

§ 8o O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar.

Art. 78. É vedado às partes, a seus procuradores, aos juízes, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e a qualquer pessoa que participe do processo empregar expressões ofensivas nos escritos apresentados.

§ 1o Quando expressões ou condutas ofensivas forem manifestadas oral ou presencialmente, o juiz advertirá o ofensor de que não as deve usar ou repetir, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

§ 2o De ofício ou a requerimento do ofendido, o juiz determinará que as expressões ofensivas sejam riscadas e, a requerimento do ofendido, determinará a expedição de certidão com inteiro teor das expressões ofensivas e a colocará à disposição da parte interessada.

Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1o Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2o Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 3o O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

Em relação à proibição de abuso de direitos processuais, adverte Michele Taruffo que um ato ou conduta que não implica mau emprego da regra processual (porque está “dentro da faixa de discricionariedade atribuída pelo direito àquele sujeito) pode ser abusivo, por exemplo, quando é feito com o escopo de alcançar propósitos ilegais ou impróprios. Nessas situações, as cláusulas gerais de lealdade, devido processo, boa-fé ou parecidas devem ser utilizadas como cânones interpretativos a fim de detectar e avaliar práticas abusivas mesmo quando elas estão “escondidas” atrás da transgressão de regras processuais que não se referem explicitamente ao abuso de direito processual ou mesmo sob o véu de atos processuais. (TARUFFO, 2009, p. 153). O autor propõe uma distinção dentro de toda a zona dos abusos de direitos processuais em: a) abuso de litígio, podendo ser cometido por autores (abuso de direito de ação) ou por réus (abuso de direito de defesa); e b) abuso de instrumentos processuais específicos. Quanto aos aspectos subjetivos do abuso de direito processual, destacam-se os abusos praticados pelos magistrados, pelos membros do Ministério Público e pelas partes e seus respectivos advogados.

Por fim, a *supressio* (*Verwirkung*) seria a perda de poderes processuais em razão de seu não-exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não mais seria exercido. (DIDIER JR, 2010, 79-103).

Após análise sobre a aplicação da boa-fé objetiva ao processo e as contribuições da doutrina alemã, é importante saber qual o modelo de boa-fé adotado pelo processo civil brasileiro.

O modelo de boa-fé adotado no direito processual civil brasileiro

A boa-fé objetiva delineada como cláusula geral aberta¹³ consiste em verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica, capaz de normatizar no plano objetivo um mínimo de deveres a serem observados por todos os participantes do processo.

Desse modo, conclui-se que o modelo adotado pelo CPC/15 é o modelo de cláusulas gerais abertas e de boa-fé objetiva processual, harmonizando-se com o modelo cooperativo de processo.

A boa-fé objetiva processual e o ordenamento jurídico brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro, a despeito da previsão legal no art. 996¹⁴ do CPC/39 (somente em relação às benfeitorias indenizáveis, feitas de boa fé pelo executado, nos casos

¹³ Nos termos defendidos por Judith Martins-Costa, 1999, p. 302.

¹⁴ Art. 996. Se, dentro de cinco (5) dias, o executado opuser embargos, o exequente não poderá receber a coisa sem prestar caução.

Parágrafo único. No caso de benfeitorias indenizáveis, feitas de boa fé pelo executado, ou pelo terceiro de cuja posse fôr tirada a coisa, o exequente só a receberá se depositar o valor das benfeitorias, arbitrado por perito.

de execução por coisa certa e algumas hipóteses de sanção monetária por má fé de forma espalhada pelo Código), foi a partir do CPC/73, dos artigos 14 a 18¹⁵, que, efetivamente, se instituiu a garantia da boa-fé objetiva no campo processual.

O fundamento constitucional da boa-fé objetiva processual

Em que pese haja divergências acerca de qual seria o fundamento constitucional da boa-fé objetiva processual se por: solidariedade (VINCENZI), dignidade da pessoa humana (ROSENVALD), igualdade (MENEZES CORDEIRO), contraditório (CABRAL). Comungamos com entendimento de Joan Pico I Junoy (é também a posição do Supremo Tribunal Federal, Humberto Theodoro Jr, Fredie Didier Jr, Hermes Zaneti Jr e José Carlos Barbosa Moreira), no sentido de que a boa-fé objetiva processual possui alicerce no principal eixo do direito num Estado Democrático Constitucional, o devido processo legal¹⁶.

¹⁵ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Art. 15. É defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las.

Parágrafo único. Quando as expressões injuriosas forem proferidas em defesa oral, o juiz advertirá o advogado que não as use, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

¹⁶ Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; CF/88.

A boa-fé objetiva processual e o CPC/15

No plano infraconstitucional, o CPC/15 estabelece em seu art. 5º a cláusula geral da boa-fé objetiva processual, assim dispondo: *Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.*

Analisando o dispositivo, dois pontos merecem atenção: 1º) que a cláusula geral da boa-fé objetiva é extensiva a qualquer pessoa que, de qualquer forma, participe do processo; e 2º) há uma imposição de dever (deveres de informação, esclarecimento, conhecimento, colaboração, proteção, vedação de práticas surpresas e agir de acordo com a moral) de comportamento de acordo com a boa-fé, lealdade, confiança, verdade, probidade, cooperação etc.

Hipóteses típicas de aplicação da boa-fé objetiva processual

São tipicamente hipóteses de aplicação da boa-fé objetiva processual aquelas previstas entre os artigos 77 e 81 do CPC/15, no capítulo dos deveres de todos aqueles que de qualquer modo participam do processo, dividindo-se em deveres nos artigos 77 e 78, e litigância de má fé (responsabilidade das partes por dano processual) nos artigos 79 a 81.

Hipóteses atípicas de aplicação da boa-fé objetiva processual

As hipóteses atípicas, embora não descritas dentre os artigos 77 a 81, por força do imperativo-normativo da cláusula geral da boa-fé objetiva processual do art. 5º, são igualmente formas de concretização de respeito e harmonia sistêmica do princípio-norma da boa-fé objetiva processual, como por exemplo: o artigo 322, §2º¹⁷ (Enunciado 286¹⁸ do FPPC), que impõe ao magistrado e aos demais sujeitos do processo uma interpretação do pedido observado o princípio da boa-fé; e o artigo 489, §3º¹⁹, dever de interpretação da decisão judicial em conformidade com a boa-fé.

A extensão da boa-fé objetiva processual a qualquer participante do processo

No que tange ao alcance da cláusula geral da boa-fé objetiva processual em relação aos sujeitos processuais — ponto que será melhor abordado a seguir em relação aos casos envolvendo disputa por guarda de filhos —, a partir da leitura do art. 5º do CPC/15, impõe-

¹⁷ Art. 322. O pedido deve ser certo. [...]

§ 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

¹⁸ Enunciado 286 do FPPC: (art. 322, § 2º; art. 5º). Aplica-se o § 2º do art. 322 à interpretação de todos os atos postulatórios, inclusive da contestação e do recurso. (Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento)

¹⁹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

se a todos os participantes (magistrados, membros do ministério público, partes, advogados, serventuários, peritos etc) do processo deveres de comportamento com base em boa-fé.

Em relação às demandas envolvendo guarda de filhos, se verifica com maior nitidez a importância dos deveres de comportamento dos participantes da comunidade de trabalho processual, sobretudo em relação aos genitores e seus respectivos núcleos familiares constituídos após o rompimento da relação afetiva, mesmo que não exercendo a guarda compartilhada, mas continua detendo o poder familiar na guarda unilateral; à equipe multidisciplinar formada por psicólogos e assistentes sociais, pois elaboram relatório técnico de acompanhamento psicossocial das famílias ou de relação entre filhos e seus pais. Esses relatórios devem se aproximar o máximo possível da realidade fática vivenciada pelas partes. Há um compromisso ético-profissional dos técnicos com a verdade e com a boa-fé objetiva processual. Outros participantes como os conselheiros tutelares e os peritos, de igual modo, são importantes na condução e exercício de suas funções, observando sempre a boa-fé objetiva processual.

A boa-fé objetiva processual e a guarda de filhos

Como já delineado, a boa-fé objetiva processual para além de um fator cultural importante como destaca MENEZES CORDEIRO, é um vetor normativo fundamental para o processo.

Neste sentido, aos litígios envolvendo disputas de guarda de filhos, também se impõe, e em grande força, a cláusula geral da boa-fé objetiva processual, extraíndo-se dela um prisma com feixes de deveres de comportamento que necessitam ser observados por todos aqueles de que alguma forma participam deste tipo de processo.

A partir da Lei nº 11.698/2008²⁰, a regra, que até então era guarda unilateral, passa a ser a guarda compartilhada.

Quando ocorre o rompimento do convívio dos pais, acaba havendo uma redefinição das funções parentais, com que resulta em uma divisão dos encargos. O dinamismo das relações familiares, com maior comprometimento de ambos no cuidado com os filhos, fez vingar a guarda conjunta ou compartilhada, que assegura maior aproximação física

²⁰ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos:

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO).

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

e imediata dos filhos com ambos. É a modalidade de convivência que garante, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação de ambos na formação e educação do filho, o que a simples visitação não dá espaço (DIAS, 2016, p. 516).

Com o avanço sócio-cultural na compreensão acerca do instituto da guarda de filhos, paralelamente, a boa-fé objetiva processual recai sobre as pretensões das partes e suas atitudes fora e dentro do ambiente processual, disciplinando a forma como os sujeitos devem se comportar. A seguir será examinado alguns exemplos de aplicações da *Treu und Glauben*.

Nos litígios de guarda de filhos é comum que os genitores, em razão das frustrações e mágoas que desencadearam o fim do relacionamento afetivo, partam para uma guerra processual, não medindo forças para ao final se satisfazer com um rótulo de vencedor judicial de uma disputa pelo(a)s filho(a)s. Nessas demandas é possível perceber claramente o jogo desleal, com práticas antiéticas por ambas as partes. O processo não se presta a esse tipo de intenção. Há valores metajurídicos como verdade, moral, ética e respeito, todos podendo ser extraídos da cláusula geral da boa-fé objetiva processual.

Nas pretensões envolvendo alimentos, a parte alimentante não pode abusar de direitos processuais para obstaculizar o exercício do direito aos alimentos, mas, também, a parte alimentada não deve se comportar com abusos de direitos ao ponto de, por vezes, inviabilizar o cumprimento das prestações alimentícias e razão o elevado valor requerido a título de alimento. Por essa razão, é pacífico na doutrina e jurisprudência que os alimentos são pautados no trinômio: possibilidade, necessidade e razoabilidade.

Nos casos de alienação parental (síndrome de alienação parental ou implantação de falas memórias), é nítido o agir de um dos cônjuges em tentar desqualificar o outro, com o escopo de inibir a convivência do(a)s filho(a)s, motivada por vingança ou até mesmo para conseguir reverter ou inviabilizar o exercício do direito de convivência familiar. Decorrente do valor maior da dignidade da pessoa humana, o amor e o respeito, são sentimentos construídos ao longo dos anos entre o genitor e sua prole, que não devem ser atingidos por eventual término de relacionamento entre genitores, porquanto apesar do fim da relação afetiva, subsiste o vínculo paterno-filial ou materno-filial. Neste sentido, a cláusula da geral da boa-fé objetiva processual estabelece uma infinidade de dever de comportamento das partes que praticam atos de alienação parental, reprimendo e sancionando-os além do já mencionado regramento processual, por meio da Lei nº 12.318/2010, as hipóteses previstas no art. 6º²¹, possibilitando ao magistrado quando caracterizados atos típicos de alienação

²¹ Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

parental ou qualquer conduta de dificulte a convivência familiar: declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; estipular multa ao alienador; determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; declarar a suspensão da autoridade parental.

Conclusão

Com a mudança de paradigma do modelo assimétrico para o modelo cooperativo (MITIDIERO, 2015, p. 83 – 97), e, fundamentalmente, a constitucionalização do processo, é condição *sine qua non* que todos envolvidos na relação processual estejam imbuídos de deveres de comportamento (lealdade, informação, probidade, consulta, esclarecimento, cooperação etc) pautados pela boa-fé objetiva processual.

O recorte metodológico proposto no presente artigo delimitou o enfoque da cláusula geral da boa-fé objetiva processual ao tema da guarda de filhos, visto que da mesma forma como é comum nesses tipos de demandas a violação à boa-fé, é substancialmente indispensável e perene que, nestes casos, o processo seja uma concretização viável do instituto, notadamente, nos exemplos destacados (regulamentação de visitas, alimentos, alienação parental, período de convivência, etc.).

Referências

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Abuso dos direitos processuais. Forense: Rio de Janeiro, 2000.
- BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 de outubro de 2017.
- BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 de outubro de 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 de outubro de 2017.

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

- BÜLOW, Oskar Von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Trad.: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964. p. 1-9.
- CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2009, p. 236-243.
- _____. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. Revista de Processo, vol. 126, p. 59-80, ago./2005.
- _____. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 255, p. 117-140, maio 2016.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil. Revista do TRF3, Ano XXVII, nº 128, jan/mar 2016.
- CHIARLONI, Sergio. Etica, formalismo processuale e abuso del processo. Revista de Processo, v. 40, n. 239, p. 105-117, jan. 2015.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. A aplicação do princípio da primazia do julgamento do mérito no novo código de processo civil brasileiro. Revista do TRF3, Ano XXVII, nº 128, jan/mar 2016.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. vol. 1, 18ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016.
- _____. Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 79-103.
- FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. Contratos: teoria geral e contratos em espécies. vol. 4, 6ª ed., Salvador: JusPodivm: 2016.
- _____. Curso de direito civil. Famílias. vol. 6, 8ª ed., Salvador: JusPodivm: 2016.
- FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Trad. 8ª ed. Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil. Volume único, São Paulo: Saraiva, 2017.
- GREIF, Jaime. El abuso del derecho y la responsabilidad civil emergente en el derecho uruguayo. Forense: Rio de Janeiro, 2000, p. 153-170.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A função dos "pressupostos processuais" no processo civil contemporâneo. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, v. 35, p. 81-96, 2007.
- MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo: uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 347-379, jun. 2004.
- _____. A boa-Fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da Boa Fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 2007, p. 372-383.
- MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. Revista de Processo Comparado, vol. 2/2015, p. 83 – 97, jul – dez / 2015.

- OTEIZA, Eduardo. Abuso de los derechos procesales en américa latina. Forense: Rio de Janeiro, 2000, p. 7-31.
- PICÓ I JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal. Barcelona: J. M. Bosch, 2003.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais da ação declarativa). Revista de Processo, vol. 63, p. 64, jul./1991.
- STOCO, Rui. Abuso de direito e má-fé processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual: relatório geral. Revista de processo, v. 34, n. 177, p. 153-183, nov. 2009.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. Forense: Rio de Janeiro, 2000, p. 93-129.
- VINCENZI, Brunela Vieira de. A boa-fé no processo civil. São Paulo: Atlas, 2003.
- ZANETI JR, Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.