

A responsabilidade civil das partes e dos advogados por danos nos litígios de família

Romualdo Baptista dos SANTOS*

Maria Carolina NOMURA-SANTIAGO**

RESUMO: O artigo investiga a responsabilidade das partes pelos danos causados à outra durante o curso dos processos judiciais circunscritos ao Direito de Família e também a responsabilidade do advogado por danos decorrentes da má condução da lide. Buscou-se demonstrar a natureza eminentemente afetiva das relações familiares que as distingue das relações humanas em geral, fazendo com que as relações jurídicas de Direito de Família também sejam distintas das demais, em virtude, justamente, do componente afetivo. Por esta razão, é importante que o profissional que atua nesses processos busque envidar todos os esforços para que sejam utilizados métodos alternativos na resolução dos conflitos como medida a diminuir os danos às partes. O método investigativo foi bibliográfico e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; litígios familiares; responsabilidade do advogado; responsabilidade das partes.

SUMÁRIO: Introdução; – 1. Afetividade e responsabilidade nas relações familiares; – 2. A pseudo-consensualidade e a litigiosidade latente nas demandas familiares; – 3. Mudança de paradigma: ênfase nos métodos e mecanismos de solução consensual dos conflitos; – 4. Responsabilidade do advogado por frustração da parte nos litígios familiares; – Considerações finais; – Referências.

TITLE: *Civil Liability of the Parties and Attorneys for Damages in Family Disputes*

ABSTRACT: *The article seeks to investigate the civil liability of the parties for damages caused to one another during the course of judicial proceedings limited to Family Law and also the civil liability of the lawyer in the conduct of the dispute and when it causes damage to the other party. We sought to demonstrate the impossibility of putting affection apart in these family affairs and the necessity of the attorney to make every effort to use alternative methods in the resolution of the family conflicts and also in order to try to reduce the damage. The investigative method was bibliographic and jurisprudential.*

KEYWORDS: *Civil liability; family disputes; attorney's liability; parties' liability.*

CONTENTS: *Introduction; – 1. Affection and civil liability in family relationships; – 2. Pseudo-consensus and latent litigation in family demands; – 3. Paradigm shift: emphasis on methods and mechanisms for consensual conflict resolution; – 4. Liability of the lawyer for the party's frustration in family disputes; – Final considerations; – References.*

* Mestre e doutor em Direito Civil pela USP, especialista em Direito Contratual e Direito de Danos (Contratos y Daños) pela Universidade de Salamanca - USAL, autor e coautor de várias obras e artigos jurídicos. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos da Responsabilidade Civil – IBERC. Ex-procurador do Estado de SP. Advogado.

** Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC-SP, mestre em Direito Internacional pela Fundación Ortega y Marañón quando adscrita à Universidad Complutense de Madrid, especialista em Direito de Família e das Sucessões pela EPD. Membro do IBERC, da ADFAS e da Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las Personas. Advogada.

Introdução

Entre os tipos de ações cíveis que tramitam nos fóruns judiciais, os litígios de família são provavelmente os mais dolorosos e complexos. De um lado, há um grupo de pessoas que estão vinculadas por laços sanguíneos ou estiveram vinculadas por laços de afeto e que, no momento em que se instaura o processo judicial, passam a se enxergar como estranhos, quando não como inimigos. De outro lado, há o aparato judicial formado por advogados, promotores e juízes que servirão como intermediários do conflito que culminará com uma sentença.

O Código de Processo Civil proclama, em seu artigo 694, que todos os esforços serão envidados para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Ou seja, priorizam-se os acordos e a resolução amigável dos conflitos.

Porém, a experiência mostra que, no decorrer do processo litigioso, o conflito que se iniciou com base em um tema, seja ele guarda de filhos, pensão alimentícia, partilha de bens etc., pode ser ampliado e adquirir proporções tais que tornam impossível qualquer diálogo entre as partes e, portanto, sua composição.

Há determinados atos e posturas que são de estrita responsabilidade das partes envolvidas no litígio, como a traição, a ocultação de patrimônio, o inadimplemento voluntário do pagamento de pensão de menores, a deslealdade na partilha, além de atos que incidem diretamente sobre a pessoa, como a agressividade, a violência física, psicológica ou patrimonial e o *stalking*.

Outros atos e posturas são de responsabilidade do advogado, a quem incumbe a condução do processo. Além dos deveres técnicos atinentes ao cumprimento dos prazos processuais, há deveres relacionados com o cliente, como o dever de informação sobre os andamentos do processo, obtenção de consentimento expresso para a prática de determinados atos. Há também deveres éticos atinentes a relacionamento com os demais atores processuais (juízes, promotores, advogados, funcionários e auxiliares), bem como os deveres processuais relacionados com a boa-fé objetiva e a lealdade processual.

No presente artigo investiga-se a responsabilidade das partes pelos danos causados à outra durante o curso dos processos judiciais circunscritos ao Direito de Família e também a responsabilidade do advogado na condução da lide e quando esta causa danos à outra parte.

1. Afetividade e responsabilidade nas relações familiares

Em uma de suas possíveis compreensões, a afetividade é a esfera instintivo-afetiva do psiquismo que compreende os estados afetivos, isto é, as emoções, os sentimentos e as paixões e atua em coordenação com a intelectualidade, compondo os processos interiores da atividade psíquica.¹ De acordo com Humberto Maturana, as emoções (leia-se: a afetividade) são constitutivas dos seres humanos e, portanto, estão na base de todas as condutas. Não há ação sem uma emoção que a estabeleça, de modo que, se quisermos compreender as ações humanas, não devemos prestar atenção apenas nos movimentos e nos gestos, mas nas emoções que as possibilitam.²

No âmbito do direito, a afetividade se apresenta como verdadeiro princípio jurídico, correlato ao da solidariedade, que tem assento constitucional, uma vez que todas as relações humanas são imantadas por aspectos afetivos.³ Além disso, de acordo com Paulo Lôbo, a base afetiva das relações familiares enseja a formulação de um princípio jurídico da afetividade, que não se confunde com os afetos em seu sentido psicológico ou anímico, mas que é próprio do Direito de Família.⁴

Sem embargo, a afetividade adquire relevo especial e peculiar no plano do Direito de Família, tendo em vista que o lugar onde a experiência dessa afetividade se realiza, em primeiro lugar, é na família, o que vai moldar a personalidade e determinar a qualidade das relações a serem desenvolvidas pelas pessoas na vida em sociedade.⁵

Nesse mesmo sentido, Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues advogam que, por força da tutela prioritária aos direitos de cunho extrapatrimonial – e, por isso, irreparáveis – a família tem uma responsabilidade positiva, ou seja, voltada não somente para atos pretéritos que causaram danos, mas essencialmente para atos futuros.

¹ DEBRAY-RITZEN, Pierre; MELEKIAN, Badrig. *Perturbações do comportamento da criança*. Tradução de Berenice Fialho Moreira. São Paulo: Círculo do Livro, sob licença da Ed. Nova Fronteira, s.d., p. 19-21.

² MATURANA, Humberto, *Emoções e linguagem na educação e na política*, tradução de José Fernando Campos Fortes, 4ª reimpressão, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005, p. 22/23 e 92.

³ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 151.

⁴ LÔBO, Paulo, *Direito civil – volume 5: famílias*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2021, p. 74-77.

⁵ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 153. Também nesse sentido, Elizabeth Roudinesco também propõe que a organização familiar contemporânea repousa em três fenômenos sociais marcantes: a revolução da afetividade, a “maternalização” da célula familiar, ao conceder um lugar especial para os filhos, e a prática sistemática da contracepção, que permite a organização mais individualizada da família. ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2003, *Apud*: SCHABBEL, Corinna. Relações familiares na separação conjugal: contribuições da mediação. *Psicologia: Teoria e Prática*, vol. 7, núm. 1, 2005, pp. 13-20. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=193817415002>>. Acesso em 14.abr.2022.

Para que a família tenha um "autogoverno responsável, ocupado também com as questões do outro, com a promoção do desenvolvimento e a dignidade do outro".⁶

A família também, historicamente, desempenha um papel de sustento econômico que proporciona aos seus membros a possibilidade de subsistência e desenvolvimento. Assim, a noção de responsabilidade familiar decorre dessa interdependência econômica e afetiva. Da quebra dos laços de afetividade resultam danos à integridade psíquica; da quebra dos laços de interdependência econômica resultam danos à integridade física.⁷

Os processos de dissolução do casamento ou da união estável incidem sobre a estrutura familiar, atingindo os laços de interdependência afetiva e econômica. No entanto, esses processos interrompem somente os vínculos formais,⁸ uma vez que nem sempre encerram as relações familiares, as quais, em sua grande maioria, transformam-se e adquirem novas dinâmicas de relacionamento entre os casais separados e entre estes e seus filhos. Por essa razão, durante os processos de divórcio ou dissolução de união estável, é preciso pensar em preservar alguma qualidade para os relacionamentos após a separação.

É preciso também considerar que a ruptura entre o casal, pelo divórcio ou dissolução da união estável, reverbera sobre os demais membros da família, particularmente sobre os filhos menores. Estudo das psicólogas Soraia Hack e Vera Ramires apontam que a saída de um dos pais da residência não é a única mudança na vida dos filhos que acompanham o divórcio parental. Podem acontecer ainda o declínio econômico, mudança de casa e de escola e conseqüente afastamento de amigos, restrição do acesso aos avós, diminuição de contato com um dos pais, instabilidade produzida e o possível prolongamento do conflito parental através de disputas de guarda e pensão.⁹

A beligerância processual, tanto das partes quanto dos profissionais, causa danos de diversas modalidades,¹⁰ os quais podem ser evitados ou minimizados com o tratamento

⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 96-97.

⁷ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 154.

⁸ Em 2020, 331,2 mil divórcios foram concedidos no Brasil. Destes, 56,5% eram de casais com filhos menores de idade. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/32996-em-meio-a-pandemia-numero-de-divorcios-cai-13-6-em-2020>>. Acesso em 14.abr.2022.

⁹ HACK, Soraia. RAMIRES, Vera. Adolescência e Divórcio Parental: continuidades e rupturas dos relacionamentos. *Psic. Clin.*, Rio de Janeiro, vol.22, n.1, p. 85-97, 2010. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/pc/a/V6h9SNgxDFkTQKvcWnHcHCc/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 14.abr.2022.

¹⁰ Para a psicóloga Corinna Schabbel, as causas que levam um casal a optar pela separação litigiosa são extremamente complexas e multideterminadas. E entre os fatores determinantes dos impasses familiares que levam ao litígio são: a qualidade do relacionamento do casal na fase de pré-separação, fatores

adequado do processo, principalmente por parte dos advogados. É compreensível que as pessoas em litígio se deixem levar pelas emoções e tomem atitudes destemperadas, razão pela qual cabe aos profissionais orientar seus clientes para alcançar a melhor solução possível para o conflito com o mínimo de perdas patrimoniais e emocionais.

De acordo com Judith Martins-Costa, a regulação do Direito de Família vem estruturada por normas de Direito Pessoal, encabeçadas pela cláusula geral de “comunhão de vidas” (CC, art. 1.511), e de Direito Patrimonial, guiadas pelo princípio da liberdade de decisão patrimonial (CC, art. 1.639). “Essa estrutura, ancorada nos dois grandes eixos enunciados - as relações de direito pessoal e as de direito patrimonial de Família - não é, modo geral, bem destacada pelos comentadores, muito embora do *status* dos sujeitos na família e das situações pessoais tituladas no âmbito familiar resultem tanto relações econômicas, marcadas pela patrimonialidade quanto relações não econômicas, extrapatrimoniais (por vezes ditas ‘existenciais’”). A distinção estrutural tem, portanto, importância metodológica e prática.¹¹

Em vista disso, é possível sustentar que os litígios familiares se apresentam em dois blocos de interesses que correspondem aos efeitos do casamento ou da união estável: interesses patrimoniais, relacionados com a partilha de bens e a prestação de alimentos¹²; interesses pessoais, relativos à violação de deveres conjugais, à regulamentação da guarda e regime de convivência com os filhos.

A responsabilidade civil é intrínseca a todas as relações de natureza civil, o que inclui as relações familiares. Prega o artigo 186 do Código Civil que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Em complemento, o art. 927, *caput*, do Código Civil dispõe que “aquele que comete ato ilícito fica obrigado a reparar o dano”. No entanto, é necessário separar a responsabilidade civil das partes e a responsabilidade civil dos advogados pelos danos causados a outrem, durante a contenda judicial. Com efeito, as ações ilícitas praticadas pelos cônjuges em descumprimento dos deveres conjugais, acarretam danos morais e materiais ao outro cônjuge, aos filhos e até mesmo

socioambientais que incentivam o litígio e a competição, histórias individuais de perdas mal-elaboradas, relações de dependência patológicas e estresse. SCHABEL, Corinna. Relações familiares na separação conjugal: contribuições da mediação. *Psicologia: Teoria e Prática*, vol. 7, núm. 1, 2005, pp. 13-20. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=193817415002>>. Acesso em 14.abr.2022.

¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para sua aplicação. 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 293.

¹² É possível verificar a existência de dano moral por inadimplemento alimentar e na execução de alimentos, conforme artigos de Dimas Messias de Carvalho e Douglas Phillips Freitas, em: In: MADALENO, Rolf e BARBOSA, Eduardo (Coords). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 126-143; pp. 144-154, respectivamente.

a terceiros, ensejando a propositura de ação de reparação de danos, desde que demonstrados os pressupostos da responsabilidade civil: o dano, a conduta lesiva e o nexo de causalidade.¹³ Além disso, as partes podem praticar atos lesivos no âmbito do processo judicial, tais como ofensas físicas ou verbais, calúnias, uso de documentos ou informações falsas, ocultação ou falsificação de documentos ou informações etc., que são atos ilícitos que podem gerar punições por litigância de má-fé e ensejar ações de reparação de danos.

É inegável que as regras sobre responsabilidade civil contidas no Código Civil se aplicam também aos advogados. Tanto a cláusula geral expressa nos arts. 186 e 188, c/c art. 927, *caput*, como a regra sobre solidariedade expressa no art. 942, parágrafo único. O próprio art. 32 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) reforça essa responsabilidade, ao dizer que o advogado é responsável pelos atos que praticar, com dolo ou culpa, no exercício profissional, bem como responde solidariamente pelos danos que causar à parte contrária mediante prática de lide temerária em colaboração com o cliente.

Isso equivale a dizer que o advogado é responsável pelos danos que causar às demais pessoas em razão dos atos praticados no processo e responde solidariamente com o cliente pela prática de lide temerária em colaboração, com prejuízo para a parte contrária ou para terceiros. Em que pese a restrição contida no mencionado art. 32, parágrafo único, do Estatuto da OAB, devemos entender que a responsabilidade civil do advogado abrange também os danos causados a terceiros, a exemplo dos filhos do casal em processos de divórcio ou dissolução de entidade familiar.

2. A pseudo-consensualidade e a litigiosidade latente nas demandas familiares

Não resta dúvida de que as relações familiares são imantadas por aspectos afetivos, os quais comparecem aos processos judiciais e determinam em larga medida a forma e o conteúdo das decisões que envolvem Direito de Família. Basta ter em mente as diferenças de tratamento entre uma ação de rescisão de contrato de arrendamento e uma ação de divórcio; entre uma ação de revisão de aluguel e uma ação revisional de alimentos; entre uma ação de cobrança movida por um banco contra seus clientes e uma execução de alimentos movida pelos filhos contra seu pai ou sua mãe.

¹³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e Separação após EC n. 66/2010*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79.

A experiência demonstra que a influência dos afetos nas relações de família se torna exacerbada nos momentos de decisão sobre divórcio ou dissolução de união estável, principalmente nos casos que envolvem partilha de bens, guarda e convivência com os filhos e pagamento de pensão alimentícia. Em grande parte dos casos, os litigantes se envolvem ou são conduzidos a um clima de revanche e de vingança que as mantém presas em disputas jurídicas intermináveis, sem nenhum sentido pragmático e muitas vezes contrárias aos seus próprios interesses.

Dessa forma, é compreensível que as partes se exaltem uma em relação à outra e tragam para o processo atitudes consideradas indignas, assim como revelem segredos pessoais, profissionais ou empresariais, com o intuito de prejudicar ou macular a imagem do outro perante o Juízo, seja com o objetivo de obter vantagem em um possível acordo, seja simplesmente para se vingar daquele que agiu de modo desleal.

As motivações afetivas das partes são variadas e inextrincáveis do ponto de vista do direito, mas é certo que elas se manifestam nos processos judiciais, sob a forma de comportamentos, ações e atitudes exacerbadas e injustificáveis.

Não resta dúvida que a deslealdade é um forte combustível para incendiar os conflitos familiares, que se iniciam na família em dissolução e repercutem nos processos judiciais. Há várias formas de deslealdade conjugal, mas a mais grave é a traição, que recebe o *nomen juris* de infidelidade conjugal e envolve um componente afetivo sexual.

A prática do Direito de Família revela que, nas situações em que há infidelidade, o cônjuge traído geralmente busca causar algum prejuízo ao traidor, como forma de vingança, seja com o objetivo de puni-lo pelo mal que lhe causou, seja para aplacar a mágoa resultante da traição¹⁴. O direito procura coibir essas práticas, que são comuns no universo das relações familiares, mediante punições processuais relacionadas com o princípio da boa-fé e por mecanismos de direito material, como é o caso da denominada “Lei Maria da Penha”, Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, que objetiva proteger a mulher contra a violência física, psicológica, moral e patrimonial.

Uma das formas de vingança é a deslealdade patrimonial ou fraude patrimonial, que tem o objetivo de subtrair do cônjuge sua real meação no patrimônio comum. Alguns exemplos

¹⁴ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; NOMURA-SANTIAGO, Maria Carolina. Justiça e Vingança no Direito de Família: uma análise histórico-jurídica sobre o adultério. In: *Justiça e Vingança - homenagem aos 80 anos do Prof. Tercio Sampaio Ferraz Jr.* São Paulo: Ed. Liberars, 2021.

dessa prática são a cessão de quotas ou ações, a realização de manobras contábeis, a celebração de contratos de empréstimos fictícios, alterações societárias envolvendo empresas *offshore*, fundos e fundações em paraísos fiscais, ou um substancial aumento do endividamento da empresa na véspera da dissolução do casamento do sócio, a contratação de seguros de vida ou de previdência privada, investimentos em criptomoedas, entre outras formas de deslocar os bens comuns para fora da esfera conjugal.¹⁵ A pena que pode ser aplicada nesses casos é a de sonegados (1.992 do Código Civil).

Com frequência, o sentimento de vingança entre os cônjuges ou companheiros em processos de separação repercute sobre os filhos, por exemplo, com o inadimplemento intencional da pensão alimentícia. Ou seja, o alimentante deixa de pagar a pensão devida aos filhos,¹⁶ mesmo tendo condições de fazê-lo, com o intuito de prejudicar o ex-cônjuge ou ex-companheiro que detém a guarda.

Outro exemplo de atitudes vingativas nas ações familiares é a denominada Alienação Parental, que pode ocorrer imediatamente após o divórcio ou posteriormente, quando o ex-cônjuge ou ex-companheiro começa a relacionar com outrem. De acordo com a Lei nº. 12.318, de 26 de agosto de 2010, a prática de Alienação Parental é definida como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos pais, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie o pai ou a mãe que não detém a guarda, com prejuízo para o estabelecimento ou a manutenção dos vínculos familiares. Destaca-se que a prática de Alienação Parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente à convivência familiar saudável, além de haver a possibilidade de responsabilização civil.¹⁷

A busca por vingança e a mágoa nas relações de família não se restringem à conjugalidade. Muito comum também, nos litígios sucessórios, é a briga entre irmãos

¹⁵ DINAMARCO, Marina Cardoso. LOPES, Anderson. Aspectos cíveis e penais da fraude à partilha de bens no divórcio. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/330256/aspectos-civeis-e-penais-da-fraude-a-partilha-de-bens-no-divorcio>>. Acesso em 04.abr.2022.

¹⁶ É indispensável ressaltar que o inadimplemento da obrigação alimentar é a única causa de prisão civil autorizada pelo ordenamento jurídico brasileiro (CF, art. 5º, LXVII; Pacto de São José da Costa Rica, art. 7º, par. 7º; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – PIDESC, art. 11). Nas palavras da ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, a obrigação alimentar ostenta “nível máximo de exigibilidade”, porque sua natureza jurídica está ligada à sobrevivência digna do credor de alimentos. Esse nível máximo de exigibilidade torna possível, inclusive, a penhora parcial de pensões, salários, e soldos. São exceções do Direito Privado, ancorados na urgência da prestação alimentar para a manutenção da vida do alimentando. Esse reconhecimento pelo legislador da urgência da prestação alimentar outorga mecanismos para o seu cumprimento.

¹⁷ NOMURA SANTIAGO, Maria Carolina. Desafios da Guarda Compartilhada na Pandemia: Prevenção à Alienação Parental e uma Breve Análise Comparativa em Relação a Outros Países. In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. Ano VI. n. 36, mai.jun 2020. Porto Alegre: Lex Magister, 2020. pp. 56-74.

consanguíneos ou afetivos, entre mãe ou pai e filhos, quando, por exemplo, somente um dos filhos é beneficiado em testamento, deixando claro, para todos, que aquele era o preferido. A história contada no livro "Dois Irmãos", do escritor Milton Hatoum, retrata como a preferência explícita da mãe por um dos filhos gêmeos desencadeia um drama familiar¹⁸. De igual modo, o livro "*The favorite child*", da psicóloga Ellen Libby¹⁹ retrata de forma científica como ser o(a) filho(a) favorito(a) afeta a vida da pessoa adulta.²⁰

O Direito deve compreender os aspectos subjetivos que são próprios das relações familiares e tentar imprimir-lhes objetividade, com a finalidade de produzir decisões que sejam justas do ponto de vista da ordenação da vida em sociedade. Para tanto, sem desconsiderar os afetos que permeiam as relações familiares, o Direito tem a missão de impedir que a cegueira da revanche e da vingança impeça ou dificulte em demasia a solução dos conflitos familiares e prejudique terceiros, como é o caso dos filhos. Ademais, deve o Direito estar atento ao comportamento dos diversos personagens que atuam na solução dos conflitos familiares, particularmente os magistrados, os promotores de justiça e os advogados, que desempenham poder de decisão e de influência sobre as partes.

Como dito no intróito deste estudo, a natureza eminentemente afetiva das relações familiares as distingue das relações humanas em geral, fazendo com que as relações jurídicas de Direito de Família também sejam distintas das demais, em virtude do componente afetivo. Esse fator repercute também sobre a aplicação das regras de responsabilidade civil aos comportamentos das partes em litígios familiares, razão pela qual são raras ou até mesmo inexistentes as ações de reparação de danos por condutas exacerbadas ou por ofensas proferidas pelas partes nos processos judiciais.

Uma possível explicação para a escassez de ações indenizatórias é precisamente a existência dos aspectos afetivos, que inibe a iniciativa de uma das partes de mover ação de reparação de danos contra a outra, principalmente quando se trata de casal com filhos. Outra explicação possível é que o ambiente de conflito e animosidade nos processos de separação conduz a ofensas recíprocas entre as partes, dificultando a designação de um ofendido e de um ofensor para fins de proceder à reparação.

Sem embargo disso, as agressões e maus-tratos praticados pelas partes nos processos judiciais familiares podem ocasionar graves danos, verdadeiros traumas, que

¹⁸ HATOUM, Milton. *Dois irmãos*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2006.

¹⁹ Entrevista da autora concedida à rede de TV norteamericana CBS. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=6v2I7mxKoLY>>. Acesso em 04.abr.2022.

²⁰ LIBBY, Ellen. *The Favorite Child: how a Favorite Impacts Every Family Member for Life*. Connecticut: Prometheus Books, 2010.

ultrapassam os desgastes e dissabores inerentes aos processos de dissolução familiar, inclusive com sérias repercussões sobre os filhos, fazendo-se presentes os elementos que configuram o dever de indenizar por danos morais e materiais.

3. Mudança de paradigma: ênfase nos métodos e mecanismos de solução consensual dos conflitos

Há alguns anos se observa uma importante transformação no direito brasileiro, no que tange às possíveis abordagens na busca pela solução dos problemas jurídicos. Historicamente, os problemas jurídicos são entendidos como confrontos interindividuais cujas soluções resultam em reconhecer o direito de uma parte em detrimento da outra.²¹ Neste cenário, os advogados se preparam para o confronto, mediante estratégias e argumentos que conduzam à vitória, como se as ações judiciais fossem verdadeiras batalhas jurídicas das quais devessem resultar necessariamente um vencedor e um perdedor. Como o objetivo final do confronto era a vitória, o próprio sistema processual dispensava pouco espaço para os métodos de conciliação.²²

A mudança de perspectiva ocorreu ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, por meio de seguidas alterações, a exemplo dos arts. 277 e 331, que passaram a obrigar a realização de audiência preliminar de tentativa de conciliação nos procedimentos sumário e ordinário. Essas modificações legislativas têm como pano de fundo a nova diretriz de primazia da pessoa humana traçada pela Constituição de 1988, que repercutiu sobre a ordem jurídica sob a forma de “despatrimonialização” ou “repersonalização” do direito privado.²³ Na seara do direito processual civil, sobreveio a noção de que as demandas judiciais veiculam conflitos pessoais de variadas naturezas, que devem ser

²¹ Em apertada síntese, a *bilateralidade atributiva* do direito consiste em atribuir poderes e competências reciprocamente oponíveis entre as partes nas relações jurídicas (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 50-56; REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 685-698).

²² Em seus estudos pioneiros sobre métodos alternativos de solução de conflitos no Brasil, a professora Águida Barbosa escreve que o pensamento binário, freqüente na cultura ocidental, é expressão pelo terceiro excluído. E acrescenta: "O sistema jurídico também é de linguagem binária, pois, a atividade de julgar só apresenta uma alternativa, culpado ou inocente, procedente ou improcedente" (ARRUDA BARBOSA, Águida. *Mediação Familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas*. 2003. 135 f. [Mestrado em Direito Civil] – FDUSP, ps. 88 a 92). Ver também: TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021, p. 105.

²³ Sobre a despatrimonialização ou repersonalização do direito, confira-se PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução do direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33-34; FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 78; BARROSO, Luís Roberto. *O neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/>>. Acesso em: 9 out. 2015.

tratados e resolvidos preferencialmente pelo viés conciliatório.²⁴ A essa altura, já se faz necessária uma mudança de postura dos profissionais do direito, especialmente os advogados, os quais devem estar preparados para a negociação, a transação e a conciliação, inclusive com apoio de profissionais de disciplinas não jurídicas, treinados nas técnicas de mediação.

O Código de Processo Civil de 2015 consolida as modificações iniciadas no Código anterior, emprestando novo sentido às relações processuais, que não mais se desenvolvem em um tom de antagonismo, mas devem se pautar pela lealdade, a boa-fé e a colaboração entre as partes na busca pela melhor solução para o problema jurídico analisado (CPC/2015, art. 3º, §§ 2º e 3º, art. 5º e 6º). Trata-se de profunda mudança na estrutura e na dinâmica do processo civil, que obriga os profissionais do direito, especialmente os advogados, a estar preparados para uma nova forma de atuação, que não busca tanto a vitória sobre o oponente processual, mas visa antes à solução consensual dos conflitos. Essa exigência é tanto mais perceptível quanto aos profissionais que atuam com Direito de Família, cujas relações são imantadas pelas peculiaridades mencionadas no primeiro item deste estudo.

Diante da iminência de agressividade entre as partes que se encontram em uma relação familiar já desfeita ou em vias de se desfazer, cada vez mais, faz-se necessário um novo olhar para os litígios de família, em especial para os métodos alternativos para a solução de conflitos, como é o caso da mediação e da conciliação, que foram positivadas no art. 3º, §3º, o Código de Processo Civil, *in verbis*:

“A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Trata-se de um “princípio do estímulo da solução por autocomposição”, que tem como finalidade orientar toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos.

Na mediação, as partes buscam a solução para aquele conflito sem que haja o aconselhamento dos mediadores sobre o caminho a ser seguido. O grande desafio desses profissionais é “interferir sem controlar, oferecer informação sem aconselhar, esclarecer escolhas sem julgar, e permitir que o casal perceba o fim do casamento com senso de

²⁴ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021, p. 68-75.

propriedade e participação nas decisões tomadas para dar continuidade às suas vidas e à de seus filhos”.²⁵

Já o conciliador, por sua vez, deve atuar preferencialmente nos casos em que não tenha havido vínculo anterior entre as partes, porque poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem (CPC, art. 165, §2º).

As Práticas Colaborativas são um método de resolução de conflito multidisciplinar, extrajudicial e não adversarial bastante difundido em países como Estados Unidos, Canadá e Austrália. Trata-se de um processo no qual as partes são assistidas por profissionais que assinam um Termo de Participação se comprometendo a negociar de boa-fé, levando em consideração os interesses de todas/os, sem recorrer a um tribunal ou terceiro que imponha uma decisão, e, no caso de não chegarem a um acordo ou decidirem encerrar a negociação, as/os profissionais devem finalizar sua prestação de serviços.²⁶ Os advogados colaborativos assinam um termo de “não litigância” o que significa que caso a contenta venha a transformar-se em litígio, este não poderá ser patrocinado por estes profissionais.

Outra possibilidade é a resolução dos conflitos nos CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania) órgãos ligados aos Tribunais de Justiça, que disponibilizam conciliadores e mediadores para atuar nos casos pré-processuais (quando ainda não foi distribuída uma ação judicial) ou mesmo durante o processo já instaurado. Além das disposições contidas no Código de Processo Civil, a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 dispõe sobre a mediação como técnica de solução de conflitos entre particulares, podendo ser aplicada inclusive no âmbito da Administração Pública. A lei traz os princípios que regem a mediação, sobre quem pode ser mediador, e sobre o procedimento a ser adotado. De acordo com o art. 10 desta lei, as partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos na mediação extrajudicial e, conforme o art. 26, as partes deverão estar assistidas na mediação judicial.

²⁵ SCHABEL, Corinna. Relações familiares na separação conjugal: contribuições da mediação. *Psicologia: Teoria e Prática*, vol. 7, núm. 1, 2005, pp. 13-20. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=193817415002>>. Acesso em 14.abr.2022. Também Águida Barbosa ensina que "O mediador não aconselha, nem conduz ou induz, mas apenas instala uma dinâmica ternária com o intuito de devolver a capacidade de recuperação da responsabilidade por si próprio, de uma forma adulta, em lugar de entregar a decisão de sua vida ao juiz ou ao aconselhamento de um advogado ou conciliador, enfim, numa atitude infantilizada" (ARRUDA BARBOSA, Águida. *Prática da mediação: ética profissional*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/anais/download/3>>. Acesso em 05/06/2022).

²⁶ Disponível em: <<https://praticascolaborativas.com.br/>>. Acesso em 04.abr.2022.

Não é demasiado ressaltar os benefícios que a composição consensual dos litígios produz para as partes, entre os quais destacamos a economia de tempo, a redução dos custos e a otimização dos resultados, uma vez que os deveres e obrigações tendem a ser efetivamente cumpridos porque foram construídos pelas próprias partes em litígio e não por imposição da autoridade judiciária. Particularmente nas causas que envolvem conflitos familiares, as soluções consensuais são mais adequadas porque se voltam para o futuro, retirando a ênfase sobre as questões do passado, relacionadas com a culpa e a responsabilidade, o que permite, como regra, preservar alguma qualidade para as relações que perduram após o conflito.²⁷

De acordo com Fernanda Tartuce, "o advogado deve ser, antes de tudo, um negociador, um eficiente gerenciador de conflitos, não mais se revelando pertinente a figura do advogado excessivamente beligerante". A primeira tarefa do advogado ao se confrontar com o conflito é identificar a possibilidade de solução consensual, em lugar da litigiosa, informando e orientando seu cliente – ou seus clientes, caso esteja atuando por ambas as partes – sobre as vantagens da primeira escolha. Uma vez escolhida a via consensual, o advogado deve estar preparado para utilizar os mecanismos e ferramentas mais eficientes para alcançar a conciliação e, mais importante, para não acirrar o conflito.²⁸

Disso resulta a necessidade de capacitação especial dos profissionais, que devem estar imbuídos do espírito de conciliação e de colaboração, a fim de que possam interagir adequadamente com mediadores e conciliadores, bem como orientar adequadamente seus clientes com vista à melhor solução dos litígios. Particularmente, nas ações que envolvem questões familiares, a falta de preparo e o ânimo beligerante do advogado pode impedir que seja alcançada uma solução célere e justa para a demanda, causando prejuízos patrimoniais e emocionais para as partes e para terceiros.

Não se pode perder de vista que a mais recente processualista enfatiza a busca exaustiva pela solução consensual dos conflitos. Se, em tempos anteriores, o profissional do direito devia atuar com todos os recursos para obter o ganho de causa para seu cliente, no sistema atual ele deve empreender todos os seus esforços e seus conhecimentos técnicos para alcançar a melhor solução possível para o litígio, que é a consensual. Nesse cenário, além da postura beligerante do advogado, deve-se levar em conta a sua falta de capacidade técnica para conduzir os mecanismos de conciliação, a não informação e a

²⁷ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021, p. 106-107.

²⁸ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021, p. 102-109.

não orientação de seu cliente a respeito das vantagens desses mecanismos, como fatores que podem causar perdas materiais e emocionais para as partes, passíveis de reparação pela via indenizatória.

4. Responsabilidade do advogado por frustração da parte nos litígios familiares

O advogado, conforme preconiza o artigo 133 da Constituição Federal, é indispensável à administração da justiça e deve obediência às normas estabelecidas no Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e no Código de Ética e Disciplina da OAB. Como toda e qualquer pessoa, o advogado se submete à cláusula geral de responsabilidade civil descrita nos arts. 186 e 188 c/c art. 927, *caput*, do Código Civil, além das demais regras atinentes ao tema, como a solidariedade, a vinculação patrimonial e a reparação integral do dano (CC, art. 942, *caput* e parágrafo único e art. 944, *caput*). Não bastasse, o art. 32 do Estatuto da OAB reforça as regras de responsabilidade civil do advogado por atos praticados no processo, individualmente ou em colaboração com seu cliente. Ademais, por ser profissional liberal, a relação do advogado com seu cliente está respaldada pelo Código de Defesa do Consumidor, especificamente no art. 14, § 4º. Por todos esses ângulos, a responsabilidade civil do advogado é subjetiva, ou seja, será apurada mediante a verificação da culpa.

Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa:

É dever do advogado encontrar soluções adequadas para as questões que se lhe apresentam. Quanto ao dever de indenizar, cumpre que no caso concreto se examine se o prejuízo causado pela conduta omissiva ou comissiva do advogado é certo, isto é, se, com sua atividade, o cliente sofreu um prejuízo que não ocorreria com a atuação da generalidade de profissionais da área.²⁹

Além dos deveres técnicos relacionados com o bom andamento do processo, dos deveres profissionais atinentes ao cliente, dos deveres de bom relacionamento com os demais atores processuais e dos deveres processuais acima mencionados, impõe-se ao advogado a observância de deveres especiais, de cuidado especial, tendo em vista as peculiaridades das relações jurídicas de natureza familiar. São relações marcadas por vínculos de

²⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *A responsabilidade civil dos advogados*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/932/a-responsabilidade-civil-dos-advogados>>. Acesso em 14.fev.2022.

afetividade, os quais são aflorados em momentos de conflito, o que impõe um tipo de responsabilidade muito especial ao profissional do direito.

É muito comum, nas contendas familiares, quando ainda não há um litígio instaurado, que as partes busquem um único advogado para discutir e averiguar as questões inerentes à pensão alimentícia, partilha de bens e guarda de menores. Porém, se o advogado consultado for destituído por uma das partes, é importante saber que estará impedido de advogar para o outro cônjuge, sob pena de cometer infração ética:

ACÓRDÃO 3.570. PD 07038R0000262015. EMENTA REPRESENTAÇÃO PROPOSTA POR ATUAÇÃO EM DIVÓRCIO CONSENSUAL E POSTERIORMENTE O ADVOGADO REPRESENTAR UMA DAS PARTES EM AÇÃO MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA QUE ELE OPINOU – DIREITO DE FAMÍLIA – EQUIVOCO DO PROFISSIONAL DO DIREITO – PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. O profissional do direito deve manter sua consulta quanto ao assessoramento e orientação dos clientes. Após orientá-los e assessorá-los profissionalmente, representar uma das partes em ação proposta em face da outra que vise modificação de clausula que opinou caracteriza a falta disciplinar contida no artigo 22 do nosso código de Ética e Disciplina. Procedência que se impõe. Pena de censura. Vistos, relatados e discutidos estes autos do Processo Disciplinar 07038R0000262015, acordam os membros da Sétima Turma Disciplinar do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, por votação unanime, nos termos do voto do Relator, em julgar procedente a Representação e aplicar ao Representado, a pena de censura, por violação ao artigo 22 do Código de Ética e Disciplinar, nos termos do artigo 36, inciso II, do Estatuto da Advocacia e a OAB, Lei Federal 8.906/94. Sala das Sessões, 29-09-2017. Sidney Levorato – Presidente

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO CONSENSUAL. ACORDO HOMOLOGADO E PROCESSO EXTINTO. PEDIDO DE INCLUSÃO NO PLANO DE SAÚDE. DESCABIMENTO. VIA PRÓPRIA. PATROCÍNIO INFIEL. 1. Tendo a advogada da recorrente representado ambas as partes na ação de divórcio consensual não pode ela deduzir pretensão contra o interesse recorrido no mesmo processo, pois tal conduta é vedada pela lei e configura patrocínio infiel. 2. Patrocínio infiel é um tipo de crime previsto no Código Penal brasileiro que é cometido somente por advogado que trai a confiança do seu cliente ou um dos seus clientes. 3. Se o divórcio foi consensual e as partes estão representadas pelo mesmo advogado, então eventual pretensão de caráter litigioso somente poderá ser discutida em via própria. Recurso desprovido. 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES.

Por isso, é recomendável que os litígios de natureza familiar sejam conduzidos por profissionais especialmente treinados, melhor dizendo, capacitados para atuar nesse ramo peculiar do direito. Isso porque entre as obrigações do advogado está o dever de informar seu cliente, o que é respaldado pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, cabe ao advogado informar o cliente sobre os percalços e possibilidades que a causa traz e sobre as conveniências e inconveniências das medidas judiciais a serem propostas.

Essa informação deve ser progressiva, à medida que o caso se desenvolve. Ou seja, em cada situação, ainda que não entre em detalhes técnicos, o advogado deve dar noção das perspectivas que envolvem o direito do cliente e as mudanças de rumo que a hipótese sugere. Aliás, cuida-se de informação da mesma natureza que o médico deve ao paciente. Nesse aspecto, são levados em conta os pressupostos que foram fornecidos pelo cliente: o advogado não pode ser responsabilizado se recebeu dados falsos ou incompletos do cliente, como por vezes ocorre.³⁰

Nessa transmissão de informações é imperioso que haja muito cuidado, pois a parte terá ciência do alegado a seu respeito e o *animus litigandi*, que se encontra latente, poderá ser incendiado e deflagrar um conflito.

Entre os tipos de responsabilidade do advogado, destacam-se a técnica, relacionada com o cumprimento dos prazos, o dever de informação, a obtenção do consentimento do cliente para determinados atos e estratégias; e a ética ou comportamento, que diz respeito às ações e posturas do advogado beligerante que provoca ou estimula o litígio.

Quando há a falta técnica, desde que haja dano para a parte, é possível responsabilizar o advogado por perdas e danos, inclusive com base na teoria da perda de uma chance³¹. De outro lado, o advogado que age de forma temerária, provocando ou incentivando o conflito pode causar danos de diversas ordens para as partes e para terceiros, ensejando a propositura de ação de reparação civil por conduta beligerante dos advogados no processo e por ofensa à honra da parte contrária.

³⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. A responsabilidade civil dos advogados. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/932/a-responsabilidade-civil-dos-advogados>>. Acesso em 14.fev.2022.

³¹ DELGADO, Mário Luiz. A responsabilidade do advogado pela perda da chance. Disponível: <<https://www.youtube.com/watch?v=Z1Eaa6iCnhc>>. Acesso em 09.fev.2022. Sobre esse tema, Cristiano Chaves de Farias assevera que a perda de uma chance é uma nova concepção de dano indenizável, pelo qual se admite a reparabilidade, independentemente da certeza de um resultado final, da subtração de uma oportunidade futura. FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/182.pdf>>. Acesso em 04.abr.2022.

Deve-se ter em conta que a liberdade de expressão não dá o direito de proferir ofensas contra a parte contrária, aos seus advogados nem às demais pessoas que atuam no processo, como o juiz, o promotor de justiça e os funcionários do Poder Judiciário. Assim, é certo que o advogado goza de imunidade profissional, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, não constituindo injúria, difamação ou desacato qualquer manifestação de sua parte, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer³². Isso, porém, não lhe confere o direito de ofender a outra parte nem os servidores do Poder Judiciário.

De acordo com a jurisprudência dos nossos tribunais, o advogado tem imunidade para ingressar em juízo sem receio de sua atuação que, ainda que justa, pode vir a ofender alguém, como se nota nos seguintes julgados:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. Dano moral por supostas ofensas proferidas pela advogada da parte adversa em várias ações que tem por objeto direitos sucessórios e de família. Imunidade profissional do advogado que não abrange todos os excessos cometidos. Circunstâncias dos fatos, porém, que indicam que alegações não perpassaram o regular exercício do contraditório, na defesa dos interesses de seus constituintes em juízo. Assertividade da ré no exercício de seu mister que, em que pese faltar com cortesia à parte contrária, não dá ensejo a indenização por danos morais. Expressões usadas nas diversas peças processuais que se encontravam concatenadas e serviram como "iter" às teses de defesa. Pertinência da revelação de determinados fatos e descrição do temperamento do autor em demandas nas quais se discutiam relações entre familiares. Ação improcedente. Recurso não provido.³³

Sem prejuízo para a imunidade profissional, o advogado não pode agir abertamente com a intenção de ofender a outra parte com o objetivo de prejudicar-lhe ou diminuir-lhe perante o Juízo. Nesse sentido, a Carta Magna é soberana ao assegurar a inviolabilidade da honra, da intimidade, da vida privada e da imagem do outro, nos termos do art. 5º, inciso X. Em acórdão do STJ publicado em maio de 2022, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino, apontou que a imunidade penal do advogado é um instrumento jurídico para assegurar a boa defesa do representado – judicial e extrajudicialmente. Porém, ponderou que a imunidade penal não impede que o advogado seja responsabilizado por seus atos no âmbito civil. Segundo o magistrado, "a advocacia não se compraz com a

³² FREIRE, Mabel. Responsabilidade do advogado. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-do-advogado/>>. Acesso em 03.abr.2022.

³³ TJ-SP - APL: 00042315320118260562 SP 0004231-53.2011.8.26.0562, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 11/04/2013, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/04/2013

zombaria, o vilipêndio de direitos, notadamente ligados à dignidade, o desrespeito”.³⁴ Nesse diapasão, ofensas aos servidores públicos devem ser devidamente combatidas:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADVOGADO. OFENSA A MAGISTRADO. EXCESSO. INAPLICABILIDADE DA IMUNIDADE PROFISSIONAL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS CLIENTES REPRESENTADOS. VALOR DOS DANOS MORAIS.

– A imunidade profissional, garantida ao advogado pelo Estatuto da Advocacia não alberga os excessos cometidos pelo profissional em afronta à honra de quaisquer das pessoas envolvidas no processo, seja o magistrado, a parte, o membro do Ministério Público, o serventuário ou o advogado da parte contrária. Precedentes.

– O advogado que, atuando de forma livre e independente, lesa terceiros no exercício de sua profissão responde diretamente pelos danos causados, não havendo que se falar em solidariedade de seus clientes, salvo prova expressa da ‘culpa in eligendo’, o que não ocorreu na hipótese.

– O valor dos danos morais não deve ser fixado de forma ínfima, mas em patamar que compense adequadamente o lesado, proporcionando-lhe bem da vida que apazigúe as dores que lhe foram impingidas.

Recurso Especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso especial de Cláudio Cardoso da Cunha e dar parcial provimento ao recurso de Carlos Roberto Lofego Canibal, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Ari Pargendler votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 25 de março de 2008.

Na esteira dos crimes contra a honra, a calúnia também merece destaque. Muitas vezes, inflamados pelas partes, os advogados, no afã de atenderem às expectativas de seus clientes acabam cometendo deslizes linguísticos e até caluniando a outra parte. Essa manifestação em juízo, contudo, somente pode ser enquadrada como crime de calúnia quando ficar provado que ela foi feita com a intenção de ofender a honra de alguém. Além disso, não é possível culpar o cliente por qualquer ato cometido por seu procurador. Esse entendimento foi confirmado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em um caso no qual um homem apresentou queixa-crime contra a ex-mulher e sua advogada,

³⁴ Excessos do advogado não são cobertos pela imunidade profissional e podem gerar responsabilização. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/13052022-Excessos-do-advogado-nao-sao-cobertos-pela-imunidade-profissional-e-podem-gerar-responsabilizacao.aspx>>. Acesso em 10.jun.2022.

por crime de calúnia. A acusação foi rejeitada pelo Juizado Especial Criminal do Rio de Janeiro, decisão mantida no julgamento do recurso de apelação e confirmada pelo STJ, com base na ausência de dolo, ou seja, da intenção de caluniar, que é o elemento subjetivo do ato.³⁵

Ainda no ambiente da conduta temerária, há casos em que o advogado que age de forma desonesta com o intuito de obter vantagem financeira sobre o cliente ou sobre a parte contrária. Um caso que tomou os noticiários foi o do advogado que, segundo a representação de sua ex-cliente, fez acusações falsas contra o ex-marido em processo de divórcio, revogou acordo entre o ex-casal sem o conhecimento dela, com o objetivo de conseguir honorários sucumbenciais. Segundo a reportagem, o advogado mentiu no processo e feriu os deveres de agir com honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé; estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios; e de aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial (artigo 2º, II, VI e VII, do Código de Ética e Disciplina da OAB). Os honorários sucumbenciais chegariam a R\$ 3 milhões de reais.³⁶

Ocorre que, em se tratando de processos de Direito de Família, a conduta temerária dos advogados não produz somente prejuízos financeiros, mas causa verdadeiras fissuras emocionais e existenciais para as partes em litígio, com reflexos muitas vezes irreversíveis sobre terceiros, como é o caso dos filhos do casal em divórcio ou dissolução de união estável. A falta de habilidade profissional para tratar com causas familiares ou

³⁵ “RECLAMAÇÃO. TURMA RECURSAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE CALÚNIA. ADVOGADO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. REJEIÇÃO DA QUEIXA-CRIME POR NÃO ESTAR CONFIGURADO O ANIMUS CALUNIANDI. DECISÃO MANTIDA EM GRAU DE APELAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DA INTENÇÃO DE OFENDER PARA CONFIGURAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. PEDIDO IMPROCEDENTE. 1. Embora a imunidade do advogado, no exercício de suas funções, incida somente sobre os delitos de injúria e de difamação, para a configuração de quaisquer das figuras típicas dos crimes contra a honra faz-se necessária a intenção de ofender o bem jurídico tutelado, o que não se afigura ter ocorrido na hipótese ora examinada. 2. As instâncias ordinárias decidiram corretamente pela rejeição da inicial acusatória, sob o fundamento de não vislumbrarem, na espécie, o elemento subjetivo do tipo penal. 3. Ausente a intenção de ofender a honra do reclamante, não configura crime de calúnia a manifestação da advogada, em juízo, para defender sua cliente, ex-esposa daquele, em processo perante a Vara de Família, nem a conduta da última em oferecer documentos à causídica para sua defesa na ação judicial. 4. Reclamação improcedente. Processo: Rcl 15574 / RJ. RECLAMAÇÃO 2013/0399728-9” (Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/manifestacao-advogado-calunia-comprovada-intencao-ofender>>. Acesso em 04.abr.2022.

³⁶ Ex-cliente diz que advogado mentiu em processo de divórcio e pede cassação. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/ex-cliente-acusa-advogado-mentir-processo-divorcio>>. Acesso em 04.abr.2022. A cliente ingressou com um processo de representação contra seu então patrono em dezembro de 2021. O processo corre em segredo de justiça. Disponível em: <https://timnews.com.br/media/news_stories/notcias/poder360/oab-aceita-processo-disciplinar-contra-advogado-pedro-calmon/41711656> e <<https://gpslifetime.com.br/index.php/conteudo/república/brasil/96/ex-cliente-leva-advogado-renomado-ao-conselho-de-etica-da-oab>>. Acesso em 10.jun.2022. Por sua vez, o advogado entrou com ação monitoria contra a ex-cliente. Processo n. 0719855-85.2019.8.07.0001, em trâmite na 1ª Vara Cível de Brasília.

até mesmo a malícia do patrono que tumultua propositalmente o processo, dificultando a solução do litígio é algo muito traumático para as partes envolvidas.

É preciso ter em conta que os danos decorrentes da conduta temerária dos profissionais que atuam no direito de família, particularmente dos advogados, são de natureza emocional e existencial, portanto, irreversíveis. Ademais, a reparação dessa modalidade de dano por meio de ação judicial de responsabilidade civil, requer a demonstração do dano e do nexo de causalidade com a conduta do profissional, algo que se mostra praticamente impossível. Na maior parte dos casos, os danos emocionais e existenciais decorrentes de processos judiciais traumáticos são tratados no âmbito da Psicologia e da Psicanálise, que visam antes a assimilação dos danos pela própria vítima do que a reparação pelo ofensor.

É bem verdade que, uma vez comprovado o dano e sua conexão causal com a conduta temerária do advogado, surge para a vítima o direito à reparação, consoante as regras da responsabilidade civil. Sem embargo, tendo em vista a irreversibilidade desse tipo de dano e a dificuldade de sua reparação no plano da responsabilidade civil, é de suma importância a escolha de profissionais habilitados e especializados para atuação no direito de família.

Considerações finais

Do que foi visto ao longo deste estudo, extrai-se que as relações familiares são imantadas por vínculos de responsabilidade e afetividade, os quais se fazem presentes também no momento da dissolução do casamento ou da união estável. Por isso, os processos de dissolução familiar, ainda que sob as vestes de uma consensualidade, são carregados de uma litigiosidade latente que pode aflorar a qualquer momento, durante os debates sobre questões práticas como partilha de bens, guarda e convivência com os filhos e fixação de alimentos.

Historicamente, os processos judiciais são estruturados para resolver conflitos interindividuais, assim como os advogados são formados para litigar em verdadeiras batalhas judiciais, em busca da vitória para os seus clientes. Ainda na vigência do CPC/1973, iniciou-se uma mudança de orientação no direito processual, com maior ênfase na solução consensual dos conflitos e na aplicação de métodos alternativos, como a mediação e a conciliação. Esta mudança de perspectiva se consolidou com o novo Código de Processo Civil promulgado em 2015, em concomitância com a Lei 13.140, de

26 de junho de 2015, que regulamenta a mediação como técnica de solução de controvérsias.

Diante desse novo paradigma, impõe-se a necessidade de aperfeiçoamento técnico dos profissionais que atuam nos processos judiciais de natureza familiar, cujas relações não se extinguem inteiramente, mas se transformam e adquirem novos contornos após a decretação do divórcio ou a dissolução da união estável.

Nos contextos dos processos de dissolução familiar, tendo em vista que tais relações são imantadas por aspectos afetivos, não é incomum que as partes seus patronos se exaltem, pratiquem ofensas e causem danos à parte contrária ou a terceiros. Quanto aos advogados, sua responsabilidade é um tanto mais agravada porque lhes cabe, por dever de ofício, empreender todos os esforços para alcançar a melhor solução para as demandas. Diante da nova realidade processual, de prestígio aos meios consensuais de solução de conflitos, não há lugar para o advogado que busca a vitória a qualquer custo, ainda que com prejuízo para a estabilidade das relações familiares que se encontram em discussão.

A responsabilidade civil pode incidir sobre danos causados pelas partes e seus advogados nos processos de dissolução familiar, particularmente em razão de ofensas praticadas contra a parte contrária ou contra os demais participantes do processo. Além disso, a prática de lide temerária pelo advogado, que cria óbices injustificáveis à solução célere e consensual dos litígios familiares, tornando os processos de dissolução mais traumáticos para as partes e para terceiros, pode atrair a incidência da responsabilidade civil por danos.

Diante disso, é de extrema importância que os profissionais que atuam em processos de dissolução familiar detenham conhecimentos específicos e se mantenham atualizados quanto à natureza dessas relações e quanto às técnicas mais adequadas para a solução dos conflitos. A falta de conhecimentos e de habilidade para tratar desses assuntos podem resultar em verdadeiros traumas, bem como ensejar a responsabilidade civil do profissional por danos causados às partes e a terceiros.

Referências bibliográficas

ARRUDA BARBOSA, Águida. *Mediação Familiar*: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas. 2003. 135 f. [Mestrado em Direito Civil] – FDUSP.

ARRUDA BARBOSA, Águida. *Prática da mediação*: ética profissional. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/anais/download/3>. Acesso em: 05/06/2022.

BONNA, Alexandre Pereira. *Dano moral*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, X-XI (prefácio).

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; NOMURA-SANTIAGO, Maria Carolina. Justiça e Vingança no Direito de Família: uma análise histórico-jurídica sobre o adultério. In: GUERRA, Willis Santiago e CANTARINI, Paola (coords). *Justiça e Vingança - homenagem aos 80 anos do Prof. Tercio Sampaio Ferraz Jr.* São Paulo: Ed. Liberars, 2021.

DEBRAY-RITZEN, Pierre; MELEKIAN, Badrig. *Perturbações do comportamento da criança*. Tradução de Berenice Fialho Moreira. São Paulo: Círculo do Livro, sob licença da Ed. Nova Fronteira, s.d.

DELGADO, Mário Luiz. A responsabilidade do advogado pela perda da chance. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Z1Eaa6iCnhc>>. Acesso em 09.fev.2022.

DINAMARCO, Marina Cardoso. LOPES, Anderson. Aspectos cíveis e penais da fraude à partilha de bens no divórcio. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/330256/aspectos-civeis-e-penais-da-fraude-a-partilha-de-bens-no-divorcio>>.

FREIRE, Mabel. Responsabilidade do advogado. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-do-advogado/>>. Acesso em 03.abr.2022.

LÔBO, Paulo, *Direito civil – volume 5: famílias*, 11^a ed., São Paulo: Saraiva, 2021.

MADALENO, Rolf e BARBOSA, Eduardo (coords). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atalas, 2015.

MATURANA, Humberto, *Emoções e linguagem na educação e na política*, tradução de José Fernando Campos Fortes, 4^a reimpressão, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NOMURA-SANTIAGO, Maria Carolina. Desafios da Guarda Compartilhada na Pandemia: Prevenção à Alienação Parental e uma Breve Análise Comparativa em Relação a Outros Países. In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. Ano VI. n. 36, mai.jun 2020. Porto Alegre: Lex Magister, 2020. pp. 56-74.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 3^a ed., 2011.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. Curitiba: Juruá, 2011.

SCHABELL, Corinna. Relações familiares na separação conjugal: contribuições da mediação. Psicologia: Teoria e Prática, vol. 7, núm. 1, 2005, pp. 13-20. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=193817415002>>.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e Separação após EC n. 66/2010*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 6^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, V: direito de família*. 9a ed. São Paulo: Método, 2014

TAVARES da SILVA, Regina Beatriz. *Divórcio e Separação após EC n. 66/2010*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. A responsabilidade civil dos advogados. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/932/a-responsabilidade-civil-dos-advogados>>. Acesso em 14.fev.2022.

Como citar:

SANTOS, Romualdo Baptista dos; NOMURA-SANTIAGO, Maria Carolina. A responsabilidade civil das partes e dos advogados por danos nos litígios de família. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-responsabilidade-civil-das-partes/>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:
16.6.2022

Aprovado em:
25.10.2022