



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

AMANDA FERNANDES GUIMARÃES

**DIÁLOGO ENTRE O DIREITO DE FAMÍLIA E A TEORIA DA
PERDA DE UMA CHANCE:
O ABANDONO AFETIVO PARENTAL**

**BRASÍLIA - DF
2018**

AMANDA FERNANDES GUIMARÃES

**DIÁLOGO ENTRE O DIREITO DE FAMÍLIA E A TEORIA DA
PERDA DE UMA CHANCE:
O ABANDONO AFETIVO PARENTAL**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito, da Universidade de Brasília - UnB,
como requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Costa Neto

**BRASÍLIA - DF
2018**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Monografia de Graduação de autoria de Amanda Fernandes Guimarães, intitulada “Diálogo entre o Direito de Família e a Teoria da Perda de Uma Chance: O Abandono Afetivo Parental”, apresentada como parte dos requisitos necessários à obtenção do grau de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, em 04 de julho de 2018, defendida e aprovada pela Banca Examinadora:

Professor Doutor João Costa Ribeiro Neto
(Orientador)
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD-UnB

Professor Doutor Paulo César Villela Souto Lopes Rodrigues
(Examinador)
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD-UnB

Professor Mestre Leandro de Oliveira Gobbo
(Examinador)
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD-UnB

RESUMO

O descumprimento dos deveres paterno-filiais pode justificar a necessidade de reparação por dano moral. Resistente de admissão pela jurisprudência, o abandono afetivo parental, especificamente, configurou-se em um dano não compensado efetivamente. As profundas transformações por que passou a sociedade nos últimos anos ensejaram uma reestruturação dos pressupostos da Responsabilidade Civil. O fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil possibilitou a expansão da tutela indenizatória, abarcando novos danos. Nesse contexto, surge a teoria da perda de uma chance, pautada na possibilidade de indenizar a probabilidade de o ofendido alcançar um resultado, seja por um benefício almejado que não se concretizou, ou pela cessação de um prejuízo que veio a ocorrer. Analisam-se os pressupostos de sua configuração, por meio de pesquisa quanti-qualitativa, alcançada por método dedutivo e de mecanismo técnico bibliográfico e documental. Examina-se a viabilidade de sua ocorrência nas relações familiares, com enfoque no abandono afetivo parental, tendo em vista as subjetividades que essa área do Direito apresenta.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Direito de Família. Perda de uma Chance. Abandono Afetivo Parental.

ABSTRACT

Failure to comply with paternal-filial duties may justify the need for compensation for moral damages. Resistant to admission by jurisprudence, parental affective abandonment, specifically, was set in an unrecorded damage effectively. The profound changes that society has undergone in recent years have led to a restructuring of the assumptions of Tort Law. The phenomenon of the Constitutionalisation of Civil Law made possible the expansion of indemnity protection, creating new damages. In this context, the theory of the loss of a chance arises, based on the possibility of indemnifying the offended person's chance of achieving a result, either by a desired benefit that did not materialize or by the cessation of an injury that occurred. The assumptions of its configuration are analyzed by means of quantitative-qualitative research, achieved by deductive method and technical, bibliographical and documentary mechanisms. We examine the feasibility of its occurrence in family relations, focusing on parental affective abandonment, considering the subjectivities of this area of Law.

Keywords: Tort Law. Family Law. Loss of a Chance. Parental Affective Abandonment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL	8
1.1 A Constitucionalização das Relações Privadas	8
1.2 A Constitucionalização da Responsabilidade Civil	9
1.3 A Responsabilidade Civil no Direito de Família	12
1.3.1 O Afeto como Direito Fundamental.....	13
1.3.2 O Regulamento Jurídico do Compromisso Paterno/Materno-Filial.....	14
2 RESPONSABILIDADE CIVIL E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.....	16
2.1 A Perda de uma Chance e as Novas Teorias do Nexo de Causalidade.....	16
2.2 Natureza Jurídica.....	18
2.3 Requisitos de Incidência da Teoria da Perda de uma Chance	21
2.4 A Complexidade da Quantificação do Dano	22
3 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E O DIREITO DE FAMÍLIA	23
3.1 A Perda da Chance de Convívio Familiar	24
3.1.1 A Perda da Chance de Convívio por Ocultação de Gravidez	25
3.1.2 A Perda da Chance de Convívio decorrente de Alienação Parental	27
3.2 A Perda da Chance de Obter Alimentos Futuros	28
3.3 A Perda da Chance decorrente de Término de Relacionamento	29
3.4 A Perda da Chance e a Pensão Compensatória.....	32
4 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E O ABANDONO AFETIVO PARENTAL	35
4.1 Abandono Afetivo e Premissas Jurídicas	35
4.2 Abandono Afetivo e a Jurisprudência	37
4.3 Abandono Afetivo e a Perda de uma Chance	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

A violação dos deveres paterno-filiais, dispostos na legislação infraconstitucional, pode implicar na perda do poder familiar como sanção. Contudo, a perda do poder pátrio não elimina nem impede a possibilidade de indenizações, já que possui como objetivo primordial, a conservação da integridade do menor, ofertando-lhe, por outras maneiras, a criação e educação rejeitada pelos genitores, e não a compensação pelos danos provenientes do malcuidado obtido pelos filhos.

Por isso, a determinação de reparação representa, além de outros, o imprescindível caráter punitivo e pedagógico, no prisma da função social da responsabilidade civil, para que não se concretize a incoerência de se impor ao pai ou a mãe responsável por essa séria atitude maléfica (jurídica e psíquica), somente a perda do poder familiar. Contudo a reparação por dano moral decorrente da transgressão de obrigações parentais tem sido rechaçada em parte da jurisprudência.

Com o agravamento do risco de ocorrências de danos e com a complicação das situações causais, traça-se um novo cenário para a Responsabilidade Civil. Seus tradicionais pressupostos e fundamentos de configuração tornam-se insuficientes para solucionar os problemas que a sociedade passa a enfrentar.

O instituto deve ser interpretado em conformidade com os valores emanados pela Constituição Federal de 1988, o que proporciona maior tutela de hipóteses indenizatórias. Nessa conjuntura, surge na doutrina e na jurisprudência a Teoria da Perda de uma Chance, consubstanciada na frustração da oportunidade de alcançar uma vantagem ou de evitar um prejuízo.

No trabalho, analisa-se a viabilidade de incidência da teoria na seara das relações familiares, considerando as particularidades que esse ramo do Direito apresenta. De um lado, o Direito de Família se apresenta como a área mais existencial do Direito Civil e, de outro, a Responsabilidade Civil integra predominantemente o domínio do patrimônio.

Ainda que as duas esferas tenham estreitado a conexão entre elas, constitui um desafio resguardar os direitos do indivíduo e respeitar os limites que a atuação impõe. Os princípios protetivos da família, tais quais o da dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar, melhor interesse da criança e do adolescente, afetividade, paternidade e maternidade responsáveis se convergem com outros valores constitucionais em conflito, como o da liberdade, da intimidade, da vida privada, em cada situação subjetiva.

Apesar de a Carta Magna oferecer um rol de valores fundamentais norteadores da Responsabilidade Civil, existe uma resistência por parte da doutrina e tribunais em conceder reparação por dano moral nas relações familiares, pautada na premissa de que consistiria em monetarização das relacionamentos afetivos.

De fato, a correta aplicação da teoria exige a observância de determinados requisitos. Nem toda oportunidade perdida será considerada pelo ordenamento jurídico para fins indenizatórios. Somente deverão ser admitidas hipóteses em que a chance for séria e real. Assim, destaca-se o papel do magistrado em tecer exame prognóstico sobre as concretas chances que o ofendido possuía de auferir o resultado.

Ademais, o dano sofrido pela perda de uma chance não poderá ser reparado integralmente. Consistirá em uma percentagem do valor integral, obtido através de recursos probabilísticos ou de discernimento, razoabilidade e proporcionalidade do resultado final esperado no momento em que ocorrida a situação danosa, a depender da categoria do prejuízo.

Com efeito, do estudo realizado constatou-se que a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance é alvo de grandes discussões, constituindo-se em um assunto ainda pouco empregado, mas que, aos poucos, vem despertando o estudo de doutrinadores e acolhimento pelos tribunais, inclusive superiores.

Para construção do trabalho foi realizada pesquisa bibliográfica, concentrada na análise doutrinária pátria, e exame documental, fundamentado nos acórdãos prolatados pelos tribunais brasileiros. Desprovido do intuito de esgotar o tema, objetiva contribuir para uma melhor percepção do conteúdo que, a despeito de polêmico, possibilita expansão da tutela ressarcitória.

1 DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

1.1 A Constitucionalização das Relações Privadas

A Carta Magna de 1988 influenciou sobremaneira o Direito Civil.¹ A constitucionalização fundamenta-se no “processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”.²

Raros são os doutrinadores que refutam sua repercussão sobre a ordenação privada. Desconsidera-se o Código Civil como a constituição do direito privado, como foi historicamente consolidado, uma vez que passa a se sujeitar à Constituição:³

[...] de notável valor hermenêutico a constatação de que a migração de institutos e princípios do direito privado para o texto constitucional acarreta uma mudança de perspectiva, pois ‘de modo contrário ao Código Civil, que conserva valores da sociedade liberal do século XIX, a Constituição projeta e estimula a fundação de uma nova sociedade com suas normas programáticas’.⁴

Nesse sentido, a consagração da dignidade da pessoa humana, especialmente destacada como fundamento da República no art. 1º, III, da CF⁵, revolucionou o diploma Civil de forma crucial.⁶ Prioriza-se a “tutela dos interesses existenciais atinentes à pessoa humana”, que foi compreendida para Schreiber como uma “autêntica revolução”.⁷ A sua concepção jurídica, portanto, assemelha-se a um preceito fundamental de observação à essência humana, segundo as suas perspectivas e esperanças, patrimonial e afetiva, fundamentais à sua concretização pessoal e à busca pela felicidade.

Defende Maria Celina Bodin que as normas infraconstitucionais não somente se submetem ao rigor formal hierárquico à Constituição como também efetivam os princípios ora legitimados.⁸ Dessa forma, segundo seu entendimento, evita-se a aplicação desordenada

¹TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 2. Ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2.

²LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil, p. 100.

³PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A Torre de Babel das Novas Adjetivações do Dano, p.5.

⁴FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, p. 209.

⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1988.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

⁶FACCHINI NETO, Eugênio, op. cit., p. 211.

⁷SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 90.

⁸MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, p. 235.

das normas pelos operadores do direito, especialmente magistrados, “de modo a permitir o debate em bases racionais e a determinação de critérios capazes de nortear novas decisões de maneira isonômica.”⁹

Apesar do progresso advindo das transformações no ordenamento jurídico referenciadas, ainda assim, o regulamento civil-constitucional não é capaz de solucionar inteiramente os dilemas que a sociedade ainda enfrenta.¹⁰ Contudo, inegável é a crescente necessidade de interpretação conforme a carga axiológica constitucional nas demandas privadas.¹¹

1.2 A Constitucionalização da Responsabilidade Civil

Convém rememorar que o panorama do século XIX propiciava à geração uma estrutura legislativa idealmente completa que ofereceria todo um suporte normativo para os problemas existentes e vindouros.¹² Quanto ao avanço civilizatório do período, alertava Rodotà que “ao lado da percepção, sempre mais clara, dos riscos do progresso tecnológico, existe a consciência da impossibilidade de parar tal progresso, mesmo se este não se apresenta mais com estimativas apenas positivas.”¹³ Diante dessa conjuntura, o legislador e o operador do Direito passaram a valer-se de cláusulas gerais e termos legais imprecisos, o que ocasionou um cenário de incertezas e indeterminações no ordenamento jurídico. Era preciso, portanto, suprir as lacunas.

A doutrina tradicional do instituto da Responsabilidade Civil estatui três requisitos básicos para sua configuração: culpa, dano e nexo causal.¹⁴ O prejuízo incorpora os danos patrimonial e extrapatrimonial.¹⁵ O material abrangia o dano emergente, caracterizado pelo estrago imediato sofrido, e lucro cessante, o que seria introduzido no patrimônio do ofendido posteriormente, caso não houvesse ocorrido o evento danoso.¹⁶ O moral compreende,

⁹MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, p. 236.

¹⁰BRITO, Daniel Chaves de; RIBEIRO, Tânia Guimarães. A Modernização na Era das Incertezas: Crise e Desafios da Teoria Social, p. 148.

¹¹MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 236.

¹²Ibidem, p.236-237.

¹³RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade de vigilância, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, no prelo, p. 191.

¹⁴CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. 3. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2009,p. 71.

¹⁵FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. Rev. TST, Brasília, vol. 76, n.º 1, jan-mar 2010.

¹⁶BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, DF: 2002.

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar.

sinteticamente, tudo o que impossibilita a existência digna da pessoa humana, caso a vítima seja pessoa natural, e tudo o que estremece o conceito, caso seja pessoa jurídica.

Assim sendo, o ofendido, para ter sua demanda conhecida judicialmente, necessariamente haveria que demonstrar a existência dos referidos “filtros da responsabilidade civil”, na concepção de Schreiber, quais sejam, o cunho culposo da conduta do agente, bem como o nexo de causalidade entre a ação do ofensor e o resultado danoso.¹⁷ Tal meio de seleção evitaria a sobrecarga do sistema judiciário com ações desnecessárias.

O autor teceu críticas ao referido filtro, consubstanciadas nas novas tendências que a responsabilidade passou a adotar.¹⁸ Josserand advertia que à medida que a sociedade mais carecia de segurança material, maior era o anseio por segurança jurídica:

Há, em nosso espírito e nos nossos nervos, um movimento de defesa espontâneo, uma reação instintiva; quanto mais o homem está em perigo, tanto mais experimenta a necessidade de ser protegido pelo legislador ou pelo juiz, de poder identificar um responsável; o desdobramento da responsabilidade é assim função da insegurança e a fórmula *viver perigosamente* atrai fatalmente uma outra que lhe constitui a réplica e a sanção: responder pelos nossos atos.¹⁹

O valor fundamental da dignidade da pessoa humana não apresenta um rol exaustivo de interesses a serem tutelados. Deste modo, ainda que ausente normatização a respeito, a doutrina e tribunais pátrios assentaram em seu arcabouço jurídico o concreto amparo ressarcível aos direitos de personalidade de guarida constitucional.²⁰

Constitui um desafio identificar os princípios que se adequam ao caso concreto, bem como ponderar as concepções em conflito. No entanto, conceber primordialmente o valor fundamental da dignidade da pessoa humana é considerado como o próprio objetivo do Direito.²¹

Tal princípio, aplicado à responsabilidade civil, prioriza a expansão da defesa da pessoa humana, avolumando as hipóteses indenizatórias, em detrimento do anterior objeto de repreensão ao ofensor, consubstanciada no propósito moralizador.²² Este objetivo, antes considerado marco do instituto, foi gradativamente substituído pelo valor,

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

¹⁷SCHREIBER, Anderson. Novas Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira, p.3.

¹⁸Ibidem, p. 90.

Faz-se menção ao “grande mar da existencialidade”, consubstanciado na infinidade de possibilidades de danos a serem reparáveis.

¹⁹JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. Revista forense. Mensário Nacional de Doutrina, Jurisprudência e Legislação, junho, 1941, p.53.

²⁰SCHREIBER, Anderson. op. cit., p. 91.

²¹Ibidem, p. 91.

²²PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A Torre de Babel das Novas Adjetivações do Dano, p.5.

constitucionalmente assegurado, de solidariedade presente no artigo 3º, I, CF,²³ explicitado pelo exercício da liberdade de agir de modo a não causar prejuízos a outrem.²⁴

De fato, como delinea Rafael Peteffi da Silva, a vitalidade com que novos bens tuteláveis são revelados pela sociedade moderna requer deliberações acerca dos melhores procedimentos restauradores dos prejuízos ocasionados a esses bens, o que, por conseguinte, amplifica a noção de dano indenizável.²⁵

Por isso, a responsabilidade civil é um dos institutos jurídicos mais tolerantes às novas circunstâncias, abarcando espécies de danos identificados porém ainda não regulamentados pelo legislador. Assim, a jurisprudência desempenha o papel de salvaguarda de novas tendências deste sistema, já que os magistrados possuem o imperioso encargo de suprimento valorativo das omissões normativas, quando da análise de casos *sub judice*.²⁶

²³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1988.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

²⁴MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, p.238-239.

²⁵SILVA, Rafael Peteffi da. Wrongful. Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro, p. 1-2.

²⁶REALE, Miguel. Fontes e Modelos do Direito. 1. Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 107.

1.3 A Responsabilidade Civil no Direito de Família

O Direito de Família tem afunilado progressivamente sua relação com o instituto da Responsabilidade Civil.²⁷ Se outrora eram concebidos como áreas praticamente inabordáveis dentro da seara civilista, o Direito de Família simbolizando a divisão mais existencial do Direito Civil, enquanto a Responsabilidade Civil integrava predominantemente a esfera do patrimônio, atualmente os dois setores têm se relacionado profundamente, devido às transformações por que passaram a sociedade desde o século XX.²⁸

O dano moral, concebido no Brasil como espécie singular que abrange as inúmeras hipóteses de lesão a valores existenciais, dissociou a Responsabilidade Civil do vínculo patrimonial.²⁹ Estreou uma nova disciplina de incidência, com resultados não apenas quantitativos, mas também qualitativos, dado que essa expansão tem acarretado relevantes deliberações acerca da própria utilidade da Responsabilidade Civil na era contemporânea.³⁰

O entendimento jurídico clássico do passado concebia que os pressupostos gerais da responsabilidade civil clássica seriam eficientes para abranger as suposições de dolo ou culpa no âmbito da família.³¹ Mas somente atualmente a doutrina abrangeu casos específicos que ensejam dever de reparação entre membros da família, cônjuges, conviventes, genitores e descendentes.³² Quando certo campo do direito alcança determinado patamar de prestígio e passa a desfrutar de valores próprios, é natural que seja dotada de individualidade para as soluções do dever de reparar, como ocorre com o Direito de Família.³³

Não há óbices legais à incidência das regras pertinentes à responsabilidade civil e a decorrente obrigação de indenizar/compensar neste campo do Direito.³⁴ Ao contrário, as disposições legais que regulamentam a matéria - artigo 5,º V e X da CF³⁵ e artigos 186 e 927³⁶

²⁷SARLET, Ingo Wolfgang .Neoconstitucionalismo e Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira.

²⁸MADALENO, Rolf. Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos Compensatórios, p. 8.

²⁹SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil e Direito de Família: A Proposta Da Reparação Não Pecuniária. In. MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. (coord) Responsabilidade Civil no Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32.

³⁰Ibidem, p. 32.

³¹VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: obrigações e responsabilidade civil. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 795.

³²Ibidem, p. 795.

³³Ibidem, p. 795.

³⁴TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: Direito de Família contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.), 1997, p. 550-551.

³⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1988.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

do Código Civil - abordam o tema de forma extensa e ilimitada, a partir da qual se infere que normatizam, inclusive, as relações provenientes de núcleo familiar, em variadas maneiras.³⁷

Segundo Maria Celina, qualquer norma ou cláusula negocial deve estar em consonância com a disposição constitucional de resguardar a dignidade humana.³⁸ Paulo Luiz Netto Lôbo afirma também que a realidade é de uma família arraigada na efetividade, que procura seu espaço social, político e jurídico, como legítimos instrumentos para sua plena realização e satisfação pessoal.³⁹ Quanto a essa ocorrência, o autor aduz tratar-se de uma orientação à repersonalização das relações de família, pautada no enaltecimento da pessoa, e não de seu patrimônio.⁴⁰

Percebe-se, assim, a transgressão na obrigação de reparação no direito contemporâneo de uma compensação patrimonial para uma seara dotada de carga axiológica que fundamenta a indenização para dano puramente moral.⁴¹ E a responsabilidade civil no Direito de Família provém desse marco, que tutela os direitos de personalidade e a dignidade do ser humano, de modo a favorecer o plano de desenvoltura da pessoa.⁴²

Em síntese, a família transforma-se em meio para a existência digna, ou mecanismo para a materialização dos interesses afetivos e existenciais de seus integrantes.⁴³ O restabelecimento da prioridade da pessoa, nos relacionamentos familiares, na garantia da execução da afetividade, é a primeira condição de harmonização do direito à realidade.⁴⁴

1.3.1 O Afeto como Direito Fundamental

O entendimento consolidado sobre a família, como alicerce da sociedade, consagrou a ideia de que o vínculo interpessoal, independente de disposição legal, merece tutela, ainda que

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

³⁶BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, DF: 2002.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

³⁷CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano moral no direito de família. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 24-26.

³⁸MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional, p. 22.

³⁹LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: O Direito de Família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-80.

⁴⁰PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A Torre de Babel das Novas Adjetivações do Dano, p.7.

⁴¹ CARDIN, Valéria Silva Galdino, op. cit., p. 18.

⁴²VENOSA, Sílvio de Salvo Direito civil: obrigações e responsabilidade civil. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 795.

⁴³DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias.10. Ecl. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 52.

⁴⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: Famílias. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26.

exista inércia do legislador a respeito de certos temas.⁴⁵ O rol de direitos individuais e coletivos pontuados no art. 5º da Constituição provém da exigência, pelo próprio Estado, de compromissos para com seus cidadãos, como forma de assegurar-lhes a dignidade.⁴⁶ Ainda que não exista na Constituição o termo afeto, em variados tópicos da carta constitucional observa-se que o legislador o resguardou, possibilitando o reconhecimento desse termo, proveniente do princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, da Carta Magna.⁴⁷

Se no campo do Direito das Famílias o afeto origina da primazia da dignidade da pessoa humana, e se este está contido em cada um dos setenta e oito incisos do referido artigo, resta clara a admissão do afeto como direito fundamental.⁴⁸ Dessa maneira, encontra-se o princípio da afetividade como norteador de decisões cujo assunto carece de regulamentação, incorporando humanidade e conteúdo jurídico ao afeto.⁴⁹

1.3.2 O Regulamento Jurídico do Compromisso Paterno/Materno-Filial

Abstrai-se da Constituição quatro fundamentos primordiais do princípio da afetividade.⁵⁰ A igualdade de todos os filhos independentemente da origem (art. 227, §6º, CF); a adoção como escolha calcada no afeto, concedendo ao adotado os mesmos direitos do filho biológico (art. 227, §§ 5º e 6º, da CF); a análise e a guarida estatal da comunidade estabelecida por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos (art. 226, §4º, CF) e, por fim, o direito à convivência familiar como primado absoluto da criança e do adolescente (art. 227, CF).⁵¹

⁴⁵SILVA, Eduardo. A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: O Direito de Família entre a Constituição e o Código Civil. In: A reconstrução do Direito Privado. MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 464.

⁴⁶GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família. A outra face do Poder Judiciário – Decisões inovadoras e mudanças de paradigmas. Coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Belo Horizonte: Del Rey/São Paulo: Escola Paulista de Direito – EPD, 2005.

⁴⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1988.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

⁴⁸DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias.10. Ecl. rev., atual. E ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 52.

⁴⁹BRAGANHOLO, Beatriz Helena. Algumas reflexões acerca da evolução, crise e constitucionalidade do Direito de Família brasileiro. In: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 28, p. 71, fev/mar, 2005.

⁵⁰LÓBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

⁵¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1988.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

O dever de cuidado recíproco entre pais e filhos, resguardado juridicamente pelos artigos 226, § 7º⁵², e 229⁵³, da Constituição Federal e em diversos artigos do Estatuto da Criança e do Código Civil, também explicita um conjunto de obrigações que transcende o mero conjunto de atribuições. São funções destinadas ao amparo material e afetivo, que se solidificam com o exercício diário na convivência.⁵⁴

Em virtude do reconhecimento da pessoa humana, inclusive no seio familiar, o objetivo passou a propiciar a sua emancipação enquanto tal, principalmente, em relação aos que se encontram em circunstância de vulnerabilidade e em fase de desenvolvimento de personalidade, como a criança e o adolescente.

Em 1990, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989, acolhida pela Assembleia das Nações Unidas foi assimilada pelo Direito Brasileiro, com força de lei.⁵⁵ Promove a proteção especial da criança e do adolescente por meio do Princípio do Melhor Interesse, que deve orientar a resolução de conflitos que os envolver. Garantido tal princípio, reforça-se a base estrutural dos direitos a eles pertencentes, como sujeitos em crescimento, até que adquiram autonomia.⁵⁶

O desempenho do papel de pai e mãe e, conseqüentemente, do estado de filiação, é um bem indisponível para o Direito de Família.⁵⁷ Não obstante o estabelecimento de punições pela legislação infraconstitucional represente uma atuação direcionada do legislador em resguardar as vítimas de negligência, mostram-se insuficientes a tutelar as hipóteses em que se identificam sequelas psíquicas sérias. Por isso, na análise dessa área do Direito, o operador

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 5º A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁵²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1988.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁵³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1988.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁵⁴NADER, Paulo. Curso de direito civil, v. 5: Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 25.

⁵⁵BRASIL. Decreto Legislativo n. 28, de 24-9-1990. Brasília, DF: 1990:

Segundo a Convenção, criança é o ser humano até 18 anos de idade.

⁵⁶NADER, Paulo, op. cit., p. 358.

⁵⁷Ibidem, p. 260.

deve filtrá-la pela perspectiva dos valores constitucionais consagrados que regularizam a matéria, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana e do afeto.⁵⁸

2 RESPONSABILIDADE CIVIL E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Todo o ordenamento jurídico está orientado na promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, o que amplia a proteção do indivíduo em face de qualquer ofensa.⁵⁹ Com o advento e discernimento de novos interesses jurídicos a serem abarcados, passam a surgir novos bens jurídicos dignos de tutela, provenientes desse reflexo.⁶⁰

A legislação pátria não abrange hipóteses de reparação pela perda de uma chance. No entanto, essa especialidade da Responsabilidade Civil foi devidamente abordada em doutrina e jurisprudência. Quando cumpridas as condições, é possível que aquele que agiu inadequadamente indenize o ofendido quando o impede de alcançar um resultado satisfatório pretendido.⁶¹ É o que se demonstrará a seguir.

2.1 A Perda de uma Chance e as Novas Teorias do Nexo de Causalidade

A evolução da análise da responsabilidade civil inspira e amplia o conceito de dano indenizável.⁶² Assim sendo, “fatos como quebras de expectativas ou confiança, quebra de privacidade, estresse emocional, risco econômico, perda de uma chance e perda de escolha já são considerados plenamente reparáveis.”⁶³ Destaca Burgos que, inclusive, a ofensa pode se estender a várias pessoas, com a mesma intensidade, atingindo as vítimas de forma imediata ou por ricochete.⁶⁴

O entendimento clássico da Responsabilidade Civil pela perda de uma chance considera a frustração um dano autônomo, configurando uma expansão do dano reparável. Segundo essa compreensão, os postulados tradicionais do nexo de causalidade são suficientes

⁵⁸TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*, v.5: Família. São Paulo: Método, 2006, p. 21.

⁵⁹MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p.69.

⁶⁰GONDIM, Glenda Gonçalves. *A Reparação Civil na Teoria da Perda de uma Chance*. São Paulo: Ed. Clássica, 2013, p. 14.

⁶¹AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Novos danos na Responsabilidade Civil. A perda de uma chance*. Cap. 18, p.439, Livro *Direito Civil. Diálogos entre a doutrina e jurisprudência* (SCHREIBER, Anderson ...[et. al.]; coord SALOMÃO, Luiz Felipe ;TARTUCE, Flávio), 1a edição, São Paulo: Atlas, 2018.

⁶²MATTOS DO AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin e PONA, Everton Willian; *A perda da Chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – os (Des)caminhos de uma compreensão teórica*; *Scientia Iuris*, Londrina, v.18, n.2, p.93-123, dez.2014, p. 100.

⁶³AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, op. cit., p.440.

⁶⁴BURGOS, Osvaldo R *Danos ai proyecto de vida: reparación integral, crisis de la responsabilidad civil, nuevos danos, nuevos danos, proyecto vital y calidad de vida, jurisprudencia de la CSJN y de la CIDH, cómo plantear la pretensión, pautas para resarcir*. Buenos Aires: Astrea, 2012, p. 241.

para atestar o dano por perda de uma chance, uma vez que se distingue a não obtenção do resultado aspirado da perda da possibilidade de conseguir essa consequência, objeto da indenização.⁶⁵

A reparação do valor total que não foi obtido pela vítima não é viável em virtude da ausência de relação de causalidade entre a conduta do agente ofensor e a perda do ganho esperado, a qual poderia ter se dissipado por outro motivo.⁶⁶ Assim, ao compreender a perda da chance de alcançar um benefício, como um dano autônomo, torna-se necessário estabelecer a relação de causalidade entre o dano e atitude do agente ofensor, levando-se em consideração que a oportunidade perdida já integrava o patrimônio da vítima.

Apesar de preponderante, essa concepção não é a única. Existem doutrinadores que não admitem a perda da chance como dano independente da consequência final por necessitar do prejuízo definitivo desta para que haja reparação.⁶⁷ Deste modo, segundo essa segunda linha de entendimento, torna-se preciso flexibilizar o nexos causal, seja por meio de procedimento presuntivo, pela teoria da causalidade alternativa, ou por meio de causalidade parcial.⁶⁸

Silva destaca que a teoria da causalidade alternativa ameniza as condições que comprovam o nexos causal mediante o estabelecimento de presunções, configurando uma presunção de causalidade em benefício da vítima.⁶⁹ Tal pressuposição é mais utilizada em casos de responsabilidade civil de grupos, quando é impossível identificar o autor do dano entre os participantes da coletividade.⁷⁰

Já a teoria da causalidade parcial argumenta que na responsabilidade civil pela perda de uma chance deve ser verificada a proporção entre a causalidade da ação ou omissão do agente e a perda do ganho esperado.⁷¹ Com isso, possibilita-se a quantificação do vínculo

⁶⁵AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Novos danos na Responsabilidade Civil. A perda de uma chance. Cap. 18, p. 440-441.

⁶⁶CAVALIERE FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

⁶⁷CRUZ, Gisela Sampaio. O problema do nexos causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 347. “Nos últimos tempos, acompanhando as transformações da responsabilidade civil, o conceito de nexos causal foi flexibilizado, com vistas a permitir a efetivação do princípio da reparação integral. Não é mais possível em alguns casos, à luz dos princípios constitucionais, exigir da vítima a prova cabal e absoluta da relação de causalidade. Dessa forma, apesar de o nexos causal ser, tal qual o dano, um dos elementos da responsabilidade civil, exige-se, com fundamento na nova ordem constitucional, que a prova da relação de causalidade seja flexibilizada em certas situações.”

⁶⁸SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 47.

⁶⁹Ibidem, p. 47.

⁷⁰Ibidem, p. 48.

⁷¹SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 51.

causal entre a ação do ofensor e a perda do benefício almejado para que seja concedida uma indenização parcial.

Existe uma terceira posição doutrinária que diferencia os casos de perda de uma chance no qual o procedimento aleatório persiste até o fim, daqueles em que há uma descontinuação do mesmo. Silva cita como exemplo:

A necessidade da vítima de esperar até o final do processo aleatório – mesmo que a perda das chances já tenha sido constatada em momento anterior – para saber se poderá intentar ação de reparação macula a autonomia das chances perdidas. Com efeito, as chances da vítima perdem-se no momento da falha médica, ficando a vítima condicionada à perda definitiva da vantagem esperada, mesmo que isso ocorra em momento temporal muito distante.⁷²

Dessa maneira, segundo essa corrente, com o fim do processo causal, como nos casos da responsabilidade civil médica, pela perda de uma chance de cura, é preciso relativizar o nexos causal, uma vez que o dano final já é notório, ou seja, o prejuízo que ocorre teria maiores possibilidades de não se concretizar se não tivesse ocorrido o ato do agente ofensor.⁷³

Nos outros casos de perda de uma chance, supõe-se que há uma expansão da noção de dano indenizável, devido ao término do processo aleatório antes de se concretizar, impossibilitando identificar se a consequência final haveria ocorrido da maneira almejada ou se seria influenciado por outro motivo.⁷⁴ Nessas hipóteses, a chance perdida é algo anteriormente incluído no patrimônio da vítima, livre do desfecho final.

2.2 Natureza Jurídica

Já que a teoria clássica da responsabilidade civil pela perda de uma chance compreende que esta caracteriza um dano autônomo, não carecendo de uma flexibilização do nexos causal para ser reparada, importa tecer análise sobre qual tipo de dano seria a perda de uma chance.⁷⁵

O estabelecimento da sua natureza jurídica é um tema controverso. Preliminarmente, a discordância baseia-se em conceber a perda de uma chance como um dano moral ou como categoria de dano patrimonial. O dano moral não provoca danos ao patrimônio do ofendido, segundo Diniz.⁷⁶ A doutrina e a jurisprudência que acreditam ser a perda da oportunidade uma

⁷²Ibidem, p. 52.

⁷³CARNAÚBA, Daniel Amaral. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica. Coordenação: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 63.

⁷⁴SILVA, Rafael Peteffi da, op. cit., p. 53.

⁷⁵NORONHA, Fernando Direito das obrigações. 3a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 581-611.

⁷⁶DINIZ, Maria Helena Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 91.

ampliação dele, sustentam que o mesmo não poderia ocasionar danos de natureza patrimonial, por não se precisar ao certo que o resultado final seria alcançado.⁷⁷

Savi, criticando decisões em que a perda da oportunidade foi tratada como apta somente a constituir danos de natureza extrapatrimonial, considerou que “[...] não há dúvida de que, em determinados casos, a perda da chance, além de causar um dano material, poderá, também, ser considerada um ‘agregador’ do dano moral.”⁷⁸

Por outro lado, os doutrinadores que entendem que a perda de uma oportunidade ocasiona danos materiais, desentendem-se entre si no que concerne à natureza do dano, se representaria uma espécie de dano emergente, lucro cessante, ou um terceiro tipo posicionado entre os dois.⁷⁹

Os que acreditam ser a perda de uma chance um dano emergente, alegam que ao ser assim caracterizado, o problema quanto à incerteza do dano seria superado, já que a perda da oportunidade integraria o patrimônio do ofendido antes da ocorrência da situação maléfica.⁸⁰

Já aqueles que defendem a perda de uma chance como tipo de lucro cessante, compreendem que ela consistiria numa frustração do que era razoavelmente provável, requerendo mera certeza relativa para que origine o dever de reparar. Consistiria, então, “[...] en una ganancia certa, por cuanto tiene probabilidad elevada de ocurrencia,”⁸¹ ou seja, que ressarce a gama de vantagens que seria obtida no futuro caso a probabilidade de se obtê-las não houvesse sido prejudicada.

⁷⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 700030003845, Rel. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. 6ª Câmara Cível. Julgado em 29/05/2002:

“Da análise do conjunto probatório, praticamente centrado no testemunho do Sr. Adelar Zaffari (fls. 192/193), resta comprovado que o autor buscou emprego junto à Erva Mate Zaffari Ltda., todavia, devido as informações prestadas pelo Sr. Ardolino Provin, responsável pelo departamento pessoal da empresa ré, o autor não foi contratado. [...]”

Quanto aos danos materiais, tenho que estes inoocorreram (*sic*). Embora seja evidente o prejuízo sofrido pelo autor em razão das informações prestadas quanto a sua pessoa, tenho que não se pode presumir que este conseguiria o emprego na empresa Erva Mate Zaffari Ltda, e, muito menos, lá permaneceria trabalhando por muito tempo. Tenho que o maior prejuízo sofrido pelo autor foi a *perda da chance* de obter o emprego, ou seja, a possibilidade de concorrer com os demais candidatos em patamar de igualdade, com a mesma possibilidade de obter a vaga. No meu entender, tal prejuízo encontra-se na esfera dos danos morais, devendo ser levado em conta quando do arbitramento destes. Não vislumbro possibilidade de condenar a ré ao pagamento dos salários que o autor perceberia caso conseguisse o emprego, pois, tal fato não passa de uma presunção, não acompanhada da prova necessária para a condenação da empresa ré por danos materiais.”

⁷⁸SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 57.

⁷⁹Ibidem, p. 63.

“Se fosse possível afirmar, com certeza, queo recurso acaso interposto seria provido, a hipótese seria de indenização dos lucros cessantes e não da perda da chance, entendida, repita-se, como dano material emergente”.

⁸⁰BRITO, Roberta Veras. A responsabilidade civil por perda de uma chance. Revista da ESMape – Escola Superior de Magistratura de Pernambuco, vol. 12, n. 26, jul.-dez. 2007, t. II.

⁸¹RODRÍGUEZ, Mauricio Tapia. Pérdida de una chance: su indemnización em la jurisprudencia chilena. Revista de Derecho: Escuela de Postgrado, Santiago, n. 2, Die. 2012, p. 253.

Tradução: “[...] em um ganho certo, porque tem uma alta probabilidade de ocorrência.”

No Superior Tribunal de Justiça, em ocasiões nas quais o dano pela perda de chance é tratado como dano emergente, a discussão da indenização centra-se na viabilidade de atingir o resultado final. Quando considerado lucro cessante, ou rejeita-se a reparação ou, então, admite-se na integralidade do resultado final esperado, descaracterizando-se os pressupostos sobre os quais a teoria da responsabilidade civil pela perda de chance deve se pautar, ou seja, quando o dano representa frustração da possibilidade e não a possibilidade em si.⁸²

Demonstra Savi que diferentemente do lucro cessante, a perda de uma chance é uma modalidade indenizatória que abarca o dano atual, certo e emergente.⁸³ Outros doutrinadores, como Venosa, entendem que a perda de uma chance seria uma terceira forma de dano, pois "o fenômeno não se amolda nem a um nem a outro segmento".⁸⁴ Essa pressuposição destaca ser impossível o reconhecimento da certeza de que, sem o episódio danoso, o resultado estimado seria obtido.

De todos os posicionamentos, evidencia-se o de Silva, que acredita que a oportunidade perdida pode desencadear prejuízos de ordem material e moral:

O principal fator de aceitação da teoria da perda de uma chance está caracterizado na nova maneira de considerar as probabilidades. Com efeito, o progresso tecnológico e a ciência estatística acabaram por desmistificar o acaso e as situações aleatórias. Atualmente, uma simples chance possui valor pecuniário, assim como a perda desta mesma chance pode acarretar prejuízo extrapatrimonial.⁸⁵

Dessa maneira, dependendo do caráter do bem que deixou de ser almejado com a frustração de oportunidade, esta pode ser ressarcida como dano patrimonial ou extrapatrimonial. Mesmo que o entendimento proferido pelos tribunais não esteja em harmonia, esta é a posição que o Superior Tribunal de Justiça adota:

Ementa: A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. - Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de "uma simples esperança subjetiva", nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance. A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos

⁸²MATTOS DO AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin; PONA, Everton Willian. A Perda Da Chance Na Jurisprudência Do Superior Tribunal De Justiça – Os (Des) Caminhos De Uma Compreensão Teórica The Loss Of Chance On The Superior Court Of Justice's Jurisprudence – The (Mis) Directions Of A Theoric Comprehension, p. 118-120.

⁸³SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006, p.11.

⁸⁴VENOSA, Silvio de Salvo Direito Civil: Direito de Família. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 40.

⁸⁵SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 238.

morais. A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ. Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. Recurso Especial não conhecido.⁸⁶

O citado acórdão, não obstante ter decidido por não conceder a indenização por danos materiais, constatou que a perda de uma chance pode ensejar danos de caráter patrimonial e extrapatrimonial, conforme cada caso concreto. Nesse sentido, a V Jornada de Direito Civil traçou o seguinte Enunciado, cuja proposição foi formulada por Rafael Peteffi da Silva, que menciona as condições fundamentais de aplicação da teoria:⁸⁷

Enunciado nº 444 – Art. 927: A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

2.3 Requisitos de Incidência da Teoria da Perda de uma Chance

Apesar do dissenso doutrinário quanto à natureza jurídica da perda de uma chance, a maioria harmoniza o posicionamento no tocante às condições necessárias à incidência da teoria.⁸⁸ Nem toda oportunidade perdida gera o dever de indenizar, pois ela deve ser séria e real.⁸⁹ Danos hipotéticos não são suscetíveis à reparação, pois não devem simbolizar mera esperança subjetiva do demandante.

Em nenhum momento será possível afirmar com certeza que a consequência desejada teria ocorrido, pois a chance perdida que é objeto de reparação e não o dano final.⁹⁰ Mas o resultado deve apresentar certo grau de probabilidade de realização.⁹¹ Desse modo, a fim de verificar se a chance é séria e real, o juiz deve examinar o grau de viabilidade de concretização que a circunstância esperada tinha de ocorrer, cujo cumprimento foi prejudicado devido ao fato maléfico.

⁸⁶BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp.1079185/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 2009

⁸⁷Enunciado nº 444: A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos. disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362>

⁸⁸NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. Revista de Direito Privado, n. 23, p. 29.

⁸⁹Ibidem, p. 29.

⁹⁰SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. A Teoria da Perda da Chance como Solução para o “se” Indenizável. Revista da EMERJ, v. 12, nº 48, 2009.p. 91

⁹¹NORONHA, Fernando, op. cit., p. 29.

Se a possibilidade frustrada é vaga ou meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência de perda de oportunidade. A “chance” deve ser devidamente avaliada quando existe certo grau de probabilidade, *um prognóstico de certeza*, segundo avaliamos. [...] O julgador deverá estabelecer se a possibilidade perdida constituiu uma probabilidade concreta, mas essa apreciação não se funda no ganho ou na perda porque a frustração é aspecto próprio e caracterizador da “chance”.⁹²

Convém demonstrar o posicionamento de Savi sobre o tema, o qual, inspirado na doutrina italiana, compreende que para que a oportunidade perdida seja ressarcível, deve existir uma probabilidade de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) de obtenção da consequência esperada.⁹³ No entanto, percebe-se que tal método não será satisfatório a todo tempo. Além de haver casos em que a seriedade da chance será constatada mesmo na ausência de alcance do percentual indicado, também existirá hipóteses que não se sujeitam a concepções estatísticas, tais quais interesses de aspecto extrapatrimonial.⁹⁴ Desta maneira, Barretto indica qual a melhor maneira de avaliar a relevância da chance perdida:

Por esse motivo, com maior razão estão os que apontam, como o critério mais adequado para perquirição da natureza séria e real da chance, o da necessária recorrência ao princípio da razoabilidade, socorrendo-se o julgador dos filtros do bom senso e da verossimilhança para mapear, com o máximo apuro possível, o grau de possibilidade de sucesso de realização da situação futura, alijado pela subtração da oportunidade.⁹⁵

Assim sendo, averiguando seja por método estatístico ou pelo princípio da razoabilidade que a oportunidade perdida não se caracteriza em mera expectativa do autor da ação, mas séria e real, deve ser reparada, arbitrando-se sua quantia.

2.4 A Complexidade da Quantificação Do Dano

Outro tópico de debate na doutrina e na jurisprudência trata-se da quantificação do dano da perda de chance. Uma vez concluído o processo de verificação do grau de convicção da ocorrência do resultado esperado, o magistrado deve estimar o *quantum* indenizatório, computando qual a intensidade de probabilidade de conquista da gratificação almejada, a fim de obter a quantia reparatória pela perda de uma chance: “A quantificação do dano será feita por arbitramento (CC, art. 946) de modo equitativo pelo magistrado, que deverá partir do

⁹²VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 329.

⁹³SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006, p.11.

⁹⁴CAVALIERI FILHO, Sérgio, cf. Programa de Responsabilidade Civil, cit., p.75.

⁹⁵BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, sua intersecção com o Direito das Famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades. In: ALBUQUERQUE, F. S.; EHRHARDT JR. M.; OLIVEIRA, C. A. de (Coord.). Famílias no Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 10.

resultado útil esperado e fazer incidir sobre ele o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada.”⁹⁶.

O referencial para o cálculo das chances frustradas é o resultado ansiado pelo ofendido antes do incidente prejudicial que subtraiu a oportunidade de vê-lo se realizar. Dessa maneira, toma-se por alicerce o valor integral do resultado almejado e sobre esse incide um coeficiente de diminuição proporcional às possibilidades de obtenção da consequência final esperada.

Frisa-se que o valor da chance perdida será sempre menor ao que seria devido pela não conquista do resultado pretendido e destruído para o ofendido, pela inviabilidade de se comprovar o nexo de causalidade entre a atitude do agente e a frustração definitiva do benefício ansiado. É o que aponta Savi:

Para a valoração da chance perdida, deve-se partir da premissa inicial de que a chance, no momento de sua perda, tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a tivesse privado daquela possibilidade.

[...]

Assim, a chance de lucro terá sempre um valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização.⁹⁷

Portanto a reparação deve ser proporcional à perspectiva maior ou menor de conquista do resultado desejado. Dessa maneira, a chance perdida, desde que não se trate de uma expectativa hipotética, tem valor pecuniário, devendo o magistrado utilizar-se dos parâmetros citados para conferir uma apropriada indenização, adequada às particularidades de cada caso concreto.⁹⁸

3 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E O DIREITO DE FAMÍLIA

Como destaca Durval Ferreira⁹⁹, a perda de uma chance possui “característica da ubiquidade”, visto que pode ser identificada em diversas hipóteses concretas e em variados ramos do Direito. O Direito de Família apresenta particularidades que se associam a um encadeamento de normas que, no seu encargo regulatório, fundamentam a concretização de valores, sentimentos, atribuições, deveres e especificidades muito íntimas dos sujeitos.

⁹⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 256.

⁹⁷SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006, p.68.

⁹⁸AZEVEDO, Isabela Melo Rêgo. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise à luz do princípio da dignidade humana. Recife: Nossa Livraria, 2011.

⁹⁹FERREIRA, Durval. Dano da perda de chance. Responsabilidade civil. Pelo que não se fez ou se fez mal com perda de oportunidade de uma vantagem. Doutrina e Jurisprudência. 2ª Ed. Editor vida econômica. Editorial AS, p. 118.

Questiona-se se, dentro do tópico jurídico da família moderna, plural, igualitária, democrática e afetiva, seria possível a incidência da teoria pela perda de uma chance.

Cristiano Chaves de Farias destacou que na esfera das relações afetivas e patrimoniais de família, é possível a realização de atitudes, comissivas ou omissivas, que provoquem, à alguém, a subtração de chances vindouras e reais de obter circunstâncias favoráveis de aspecto econômico ou não, o que justifica a aplicação da teoria da perda de uma chance.¹⁰⁰

O autor e Rosenvald foram um dos primeiros autores a defender a incidência da teoria da perda de uma chance no Direito de Família. Alertam que as chances frustradas devem ser sérias, reais e em conformidade com as particularidades que esse ramo jurídico apresenta:

É natural que o Direito das Famílias admita a incidência genérica dos instrumentos da Responsabilidade Civil, também convivendo, com tranquilidade, com a perda de uma oportunidade futura. Por lógico, a teoria da perda de uma chance encontra espaço fecundo para sua aplicabilidade nas relações familiares, desde que respeitados os seus parâmetros elementares.¹⁰¹

Logo, constata-se que a ingerência do Estado no âmbito privado deve ser exercida com muita cautela. Venosa salienta que a “intervenção deve ser sempre protetora, nunca invasiva da vida privada”.¹⁰² O trabalho do magistrado está pautado na linha tênue entre o fundamental amparo estatal e à perigosa infringência ao íntimo do ser que pode resultar de seu catastrófico desempenho. Por isso, cabe à ele a análise, nas situações concretas, da presença dos atributos traçados pela doutrina e jurisprudência.¹⁰³

3.1 A Perda da Chance de Convívio Familiar

O artigo 4º da Lei Federal nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)¹⁰⁴ compreende o convívio familiar como direito da criança e do adolescente e dever dos pais. Atualmente, entende-se que o direito à convivência estende-se como direito também aos pais.¹⁰⁵ Em determinados casos, o progenitor perde a oportunidade de conviver com sua prole, a partir de um comportamento ilícito de terceiro.

¹⁰⁰FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação, p. 6.

¹⁰¹ROSEVALD, Nelson Direito das Famílias. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 122.

¹⁰²VENOSA, Silvio de Salvo Direito Civil: Direito de Família. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 10.

¹⁰³SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 251.

¹⁰⁴BRASIL. Lei nº 8.069/1990. Brasília, DF: 1990.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

¹⁰⁵TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, Síntese. IBDFAM, v. 32, out./nov. 2005, p. 156.

Assim sendo, quem retira de um dos pais a possibilidade de potencializar um relacionamento afetivo com seu filho, dolosa ou culposamente, deve ser responsabilizado pelo rompimento do direito de convivência.¹⁰⁶ Se o autor for outro genitor, pode ser verificada em sua conduta danosa a ruptura do dever anexo de lealdade entre os genitores, consectário da boa-fé objetiva intrínseca às relações familiares, conforme será destrinchado a seguir.¹⁰⁷

3.1.1 A Perda da Chance de Convívio por Ocultação de Gravidez

Para o deslinde da presente questão, importa esclarecer que o Direito de Família moderno abrange duas categorias diferentes de parentesco, dispostas no artigo 1.593¹⁰⁸ do Código Civil, quais sejam a de parentesco natural, provinda de vínculo sanguíneo e a de civil, quando proveniente de outra origem. Constituem subcategorias de parentesco civil: (i) originado coma adoção; (ii) o ocasionado por afinidade entre um cônjuge ou companheiro e os ascendentes, descendentes e irmãos do outro cônjuge ou companheiro; (iii) o oriundo de vínculos parentais provenientes de técnicas de reprodução assistida heteróloga; e (iv) o socioafetivo, resultante da posse de estado de filho, que se legitima no decorrer da convivência afetiva e da correspondente constatação de paternidade entre quem desempenha o papel de genitor e o filho.¹⁰⁹

Suponha-se que uma mulher engravide de um homem, seja por relação sexual eventual ou por relacionamento mais estável entre ambos, e que opte por não revelar a ele a sua gestação, por alguma razão. Acompanhando a hipótese, considere-se que a mulher inicie um relacionamento estável com outro homem, que se responsabilize pela criança como se seu descendente fosse, transforme-se pai por parentesco civil, por meio de vínculo socioafetivo, até mesmo registrando a criança em seu nome e efetivando o poder parental em sua integridade.¹¹⁰ Pressuponha-se que, tempos depois, o pai biológico descubra seu parentesco natural com a criança e depare-se com a conjuntura apresentada: a criança reconhece outro homem como seu pai, que o é, aos moldes do artigo 1.593, do Código Civil.¹¹¹

¹⁰⁶MELO, Nehemias Domingos de. Lições de direito civil: volume 5: família e sucessões: para concursos, exame da Ordem e graduação em direito. São Paulo: Atlas, 2014,p. 61.

¹⁰⁷MADALENO, Rolf. Manual de direito de família / Rolf Madaleno. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.p. 246

¹⁰⁸BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, DF: 2002.

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

¹⁰⁹MELO, Nehemias Domingos de. Lições de direito civil: volume 5: família e sucessões: para concursos, exame da Ordem e graduação em direito. São Paulo: Atlas, 2014,p. 70.

¹¹⁰MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015, p. 15.

¹¹¹PIVA, Rui carvalho. Famílias e Tutela dos Direitos Difusos. São Paulo. Ed. Atlas S.A. 2014. p. 53

Assim, verifica-se que ao pai biológico foi tolhida a oportunidade de convivência com seu filho.¹¹² Do mesmo modo, do filho também foi retirada a chance de desenvolver laços afetivos com seu genitor. A mulher, ciente da identidade genética da criança, viola, dolosamente, o direito de convivência familiar entre ambos ao esconder a paternidade e filiação. A partir disso, o pai vê removida de si a chance de exercer a familiaridade com seu filho e de fundar laços de afeição típicos de relação parental, circunstância apropriada a justificar o pleito indenizatório pela perda de uma chance.¹¹³ Acerca do tema Eduardo A. Sambrizzi explana:

se ha discutido el hecho de si la madre es responsable de los daños tanto de carácter material como moral que se le puedan haber causado al hijo extramatrimonial por la omisión de su reconocimiento por parte del padre, [...] el hijo queda sin reconocer por su progenitor. Responsabilidad que, como es fácil advertir, únicamente podría existir em el supuesto de que la madre se encontrara obligada a instar dicha acción, em su condición de representante necesaria del menor, [...]. Hay autores que, al dar primacía al derecho a la identidad por sobre el ceto, la madre tiene um verdadero deber jurídico de interponer la acción de reconocimiento, por lo que incurriría en una conducta abusiva si no la ejercitara, omisión que la haría responsable por los daños que por ello pudiera sufrir el hijo, al impedirsele acceder a su verdadera identidad y, como consecuencia, a gozar del uso del nombre y de la nacionalidad que le corresponde, como también a integrarse em el seno de su verdadera familia.¹¹⁴

Não é possível certificar, com certeza, que caso o genitor houvesse tido contato com a realidade desde o instante em que a mulher engravidou, seu relacionamento com o filho haveria sido razoavelmente salutar, justamente devido à conduta dolosa da genitora que obstou ao pai a concretização dessa consequência benéfica almejada.¹¹⁵

Fernanda Otoni de Barros cita caso verídico semelhante ao discorrido, no qual o genitor se sentiu impotente diante da realidade de laços estreitados entre a figura paterna registral e seu descendente, que o impossibilitaram de efetivar o direito de convivência com

¹¹²Ibidem, p. 53.

¹¹³LÉVI-STRAUSS, Claude. Prefácio. In: História da família, v. 1, p. 7.

¹¹⁴SAMBRIZZI, Eduardo A. Daños em el derecho de familia. Buenos Aires: La Ley, 2001. p. 283-284. apud CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano moral no direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 204.

Tradução: “Tal como vimos no capítulo IX, discute-se o fato de a mãe ser responsabilizada pelos danos tanto de caráter material como moral que possam ter sido causados ao filho pela omissão de seu reconhecimento por parte do pai. [...] o filho permanece sem o reconhecimento do seu genitor. Responsabilidade que, como é fácil advertir, unicamente poderia existir na hipótese da mãe que se encontra obrigada a propor a dita ação, em sua condição de representante necessária do menor [...]. Há autores que, ao dar primazia ao direito a identidade, a mãe tem um verdadeiro dever jurídico de interpor a ação de reconhecimento, pelo que incorreria em uma conduta abusiva se não a exercesse, omissão que a faria responder pelos danos que por ele pudesse sofrer o filho, ao impedir de saber sua verdadeira identidade e, como consequência, gozar do uso do nome e da nacionalidade que lhe corresponderia, como também a integrar-se no seio de sua verdadeira família”.

¹¹⁵LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, v. 5: direito de família e sucessões. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 282.

seu filho.¹¹⁶ Como destaca Fernanda Carvalho Leão Barretto ao esclarecer o caso explanado por Fernanda Otoni de Barros:

O sucesso da solidificação e da continuidade de qualquer relação paterno-filial é visceralmente incerto, mas os esforços que o genitor empreendeu, no caso concreto, poderiam ser considerados um robusto indício de que, se a mãe não tivesse inviabilizado o processo de convivência, mormente pela substituição despótica dele por outro homem, a probabilidade de desenvolvimento dos laços afetivos entre pai e filha era grande.¹¹⁷

Assim sendo, ressalta-se a viabilidade de responsabilização civil por perda de uma chance em face da mãe que ocultar ao filho e ao genitor a condição de paternidade ou de filiação.

3.1.2 A Perda da Chance de Convívio decorrente de Alienação Parental

Constantemente, casais com filhos em comum findam um relacionamento afetivo que preservaram por determinado tempo. Após o término da relação afetiva, os ex-companheiros cultivam pelo menos uma conexão: o descendente havido na constância da união. A Carta Magna de 1988 instituiu que no planejamento familiar fosse honrado o princípio da dignidade da pessoa humana e que a paternidade fosse efetivada de maneira responsável.¹¹⁸ No entanto, ela nem sempre é exercida quando se delibera acerca de guarda ou visita da prole, o que enseja o fenômeno da alienação parental.¹¹⁹

Com o encerramento da relação entre os genitores da criança, pode ser que os pais sejam movidos por sentimentos negativos e um dos ex-parceiros, especialmente o genitor detentor da guarda, utiliza a criança ou adolescente para atacar o outro, alienado, e/ou sua família, e dissimula situações com a intenção de afastá-los. Tal processo é demorado e gradativo e, na maioria das vezes, difícil de identificar.¹²⁰

Em outras hipóteses, um dos pais obsta visitas do outro genitor ou prejudica o convívio em tal estágio que impossibilita o contato físico.¹²¹ Estas constituem algumas das

¹¹⁶BARROS, Fernanda Otoni de. Do direito ao pai: a paternidade no tribunal e na vida. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª Ed., 2005, p. 83.

¹¹⁷BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance sua intersecção com o Direito das Famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades.

¹¹⁸CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano moral no direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 224.

¹¹⁹CARDIN, Valéria Silva Galdino; RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação na alienação parental: uma via aberta para a pacificação familiar, como forma de acesso à justiça.

¹²⁰MADALENO, Ana Carolina Carpes. Indenização pela Prática da Alienação Parental e Imposição de Falsas Memórias. Responsabilidade civil no direito de família / coordenadores Rolf Madaleno; Eduardo Barbosa. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17.

¹²¹Ibidem, p. 17.

pressuposições de alienação parental, elencadas no artigo 2º¹²² da Lei Federal nº 12.318/2010 e tipificada como ilícito no artigo subsequente.¹²³

A alienação parental enseja prejuízos de dois níveis. Caso já tenha sido estabilizado vínculo afetivo sólido entre o pai e o filho, vítimas das atitudes prejudiciais do outro genitor, constata-se a existência de dano fundado na inviabilidade de prosseguimento do convívio salutar;¹²⁴ e se a alienação parental se estabelecer no início do relacionamento entre o genitor e o filho, impedindo que haja qualquer surgimento de relacionamento afetivo, serão ambos prejudicados pela perda de oportunidade de desenvolvimento do convívio paterno-filial.¹²⁵

3.2 A Perda da Chance de Obter Alimentos Futuros

Considera-se a plausibilidade de se atribuir a certa pessoa, causadora da morte de outra, o dever de indenizar os familiares da vítima pela perda da chance de angariar alimentos no futuro. Trata-se aqui de espécie de dano indireto, ou dano por ricochete, uma vez que se estende a terceiros, quais sejam, a família.¹²⁶ Peteffi destaca que as cortes francesas eram demasiadamente permissivas, citando um caso que admitiu dever de reparar os genitores de

¹²²BRASIL. Lei nº 12.318/2010. Brasília, DF: 2010.

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

¹²³BRASIL. Lei nº 12.318/2010. Brasília, DF: 2010.

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

¹²⁴BAPTISTA, Makilim Nunes; TEODORO, Maycoln L. M. Psicologia de família: teoria, avaliação e intervenções. Porto Alegre: Artmed, 2012, p. 157.

¹²⁵LISBOA, Roberto Senise Manual de direito civil, v. 5 : direito de família e sucessões. 8. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 182.

¹²⁶BURGOS, Osvaldo R. Danos ai proyecto de vida: reparación integral, crisis de la responsabilidad civil, nuevos danos, nuevos danos, proyecto vital y calidad de vida, jurisprudencia de la CSJN y de la CIDH, cómo plante ar la pretensión, pautas para resarcir. Buenos Aires: Astrea, 2012, p. 241.

uma garota falecida aos dez anos de idade, ainda que tenham demonstrado apresentar boas condições financeiras.¹²⁷

No caso retratado, existem duas objeções pertinentes à seriedade da chance perdida. Há um lapso temporal demasiado longo entre a idade em que a garota faleceu e a idade em que se tornaria hábil devedora de alimentos. Não se pode afirmar, a partir de um sensato grau de razoabilidade, que a menina atingiria apropriadas condições econômicas na idade adulta. Por outro lado, se os genitores possuíam cômoda situação econômica no instante em que ajuizada a demanda, a corte francesa haveria reparado situação de mero risco.

A jurisprudência francesa passou a adotar conduta mais exigente para a concessão de reparação nas hipóteses de perda da chance de recebimento de vindoura pensão alimentícia. Peteffi cita Lapoyade Deschamps que demonstra duas condições para que seja conferida indenização nestes casos: (i) a comprovação do estado de necessidade dos familiares no momento do ajuizamento da ação; e (ii) os fundos hipoteticamente reconstituídos do falecido, suposto devedor de alimentos.¹²⁸ Menciona também Philippe Le Torneau o qual defende que, normalmente, é complicado identificar no instante da propositura da ação, se a vítima morta seria apta a assumir a pensão alimentícia no futuro. Conclui o autor que este caso constituiria em dano excessivamente hipotético.¹²⁹

3.3 A Perda da Chance decorrente de Término de Relacionamento

Pleiteia-se lesão moral diante de qualquer circunstância que enseje algum incômodo, angústia, inquietação ou infelicidade.¹³⁰ Esta predisposição acabou se expandindo às relações familiares, com o intuito de transferir a responsabilidade pertinente à manifestação de vontade para a seara dos vínculos afetivos.¹³¹

Contudo, o direito das famílias é a única esfera do direito privado que tem por objeto o afeto, e não a vontade. Nas palavras de João Baptista Villela, o amor está para o Direito de

¹²⁷SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. Ed. – São Paulo: Atlas, 2013, p. 173.

¹²⁸LAPOYADE DESCHAMPS, Christian. D. 1972, p. 668 apud SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 173.

¹²⁹LE TOURNEAU, Philippe. D. 1972, p. 596 apud SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 173-174.

¹³⁰OTERO, Marcelo Truzzi. Responsabilidade Civil pela Dissolução Conjugal Responsabilidade civil no direito de família / coordenadores Rolf Madaleno; Eduardo Barbosa. São Paulo: Atlas, 2015, p. 273.

¹³¹DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª edição. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais LTDA, 2015, p. 90.

Família tal como o acordo de vontades está para o Direito dos Contratos.¹³² Rolf Madaleno também destaca “não são danos morais a resposta jurídica para qualquer dor humana, especialmente quando esta, além de tudo, é previsível no âmbito do afeto, que opera com falibilidades”.¹³³ Assim, intenta-se, equivocadamente, transformar a dor pelo fim do amor em encargo reparatório.

Os casais nutrem a perspectiva de um acrescentar o outro na correspondência de suas necessidades de afeto, amor, relacionamento social, e a ruptura do relacionamento retrata a quebra desse plano.¹³⁴ É um dos mais árduos e perturbadores ritos de passagem.

Ultimamente, tem aumentado o número de notícias de pretensões indenizatórias de determinada pessoa em face de seu ex-cônjuge, ex-companheiro ou ex-namorado, por oportunidades perdidas decorrentes de término de relação amorosa.¹³⁵ Como fundamento, o ex-parceiro alega ter se subordinado a dificuldades em benefício do relacionamento, tais como abandono da carreira, rejeição de vindouras oportunidades profissionais, renúncia de promoções para exercer cargos mais elevados no emprego, dentre outras pressuposições de chances de se obter algum possível resultado benéfico próximo.

Entretanto, a frustração aos compromissos prometidos no decorrer do vínculo amoroso não pode desencadear dever reparatório.¹³⁶ Instituir tal espécie de imposição obstará a liberdade de permanecer e abandonar casamento ou da união estável.¹³⁷ A determinação a alguém de continuidade em um relacionamento, a fim de evitar abalo moral ao consorte, não encontra abrigo legal.¹³⁸ Se assim fosse, cônjuges e companheiros estariam impossibilitados de concretizar direito constitucionalmente garantido. Dita restrição violaria, além do direito à liberdade, princípio absoluto da dignidade da pessoa humana.¹³⁹

¹³²Ibidem, p. 90.

¹³³MADALENO, Rolf. Manual de direito de família / Rolf Madaleno. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 9

¹³⁴DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 89.

¹³⁵Ibidem, p. 89.

¹³⁶OTERO, Marcelo Truzzi. Responsabilidade Civil pela Dissolução Conjugal Responsabilidade civil no direito de família / coordenadores Rolf Madaleno; Eduardo Barbosa. São Paulo: Atlas, 2015, p. 280.

¹³⁷MORAES, Maria Celina Bodin. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional, p. 18.

¹³⁸DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 91.

¹³⁹Ibidem, p. 91.

Divórcio. Reconvenção. Indenização por danos morais. Procedência_ Ausência de ato ilícito caracterizador do dever ele indenizar. Sentença reformada. A prematura e imotivada ruptura do vínculo conjugal não constitui conduta ilícita hábil a amparar a pretensão de indenização por danos morais decorrente do divórcio. Recurso provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível 46669-34.20 1 2.8. 1 6.0014, Rel. Joeci Machado Camargo, DJ-e 29/01/2014)

Com o término da relação, procura-se condenar o ex-parceiro pela perda das oportunidades.¹⁴⁰ É o que se verifica nos trechos de decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Sequer cogite-se do nexo de causalidade existente entre as frustrações profissionais do requerente e a atuação do requerido. Conforme confessado, o recorrente é pessoa capacitada, poliglota, atuante na área de turismo, plenamente capaz de tomar suas próprias decisões, não podendo querer responsabilizar o recorrido pelos contratos de trabalho que deixou de cumprir ou de pactuar. Conclui-se que, inexistindo vínculo entre o comportamento do apelado e o evento que se pretende ver ressarcido, inviável a responsabilização, nos termos em que pleiteada.¹⁴¹

A autora, ora apelante, ajuizou a demanda objetivando a reparação por danos morais alegando que manteve união estável com o requerido e ele a impediu de trabalhar e de constituir família. Além disso, alegou a perda de uma chance, pois o requerido prometeu se casar com ela, dando-lhe assistência financeira, mas isso foi rompido pelo seu súbito falecimento.

[...]

Ora, o requerido não tinha poderes sobre as escolhas da autora e se ela deixou de fazer algo, foi por sua própria conveniência, de modo que ele não poderia ter-lhe causado os danos alegados. Além disso, a alegação quanto à perda de uma chance não passa de mera cogitação e, ainda que verdadeira a alegação, ela também não importaria na configuração de danos morais.¹⁴²

Em ambos os excertos, a corte paulista rejeitou os anseios indenizatórios. Destacou a inexistência de nexo de causalidade entre a decisão do réu em desfazer o vínculo - casamento, união estável ou namoro - e o dano suscitado pelo autor da ação, sob o fundamento de que, infere-se que as pessoas sejam aptas a tomar decisões, especialmente na sociedade pós-moderna, em que relações de submissão entre os consortes são cada vez mais incomuns.

Paulo Lôbo ao abordar o tema expõe que “o princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção.”¹⁴³ Destaca ainda que “tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restrinjam profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas quando não repercutem no interesse geral”.¹⁴⁴

Assim, aquele que conscientemente opta pela continuidade de vínculos afetivos, deve arcar com os riscos dela provenientes, como a possibilidade de término do relacionamento. A atitude do que não pretende persistir no relacionamento não guarda conexão com as chances

¹⁴⁰PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio: teoria e prática. Rio de Janeiro: EZ Editora, 2010, p. 49.

¹⁴¹BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, AP 0001597-41.2013.8.26.0004, Rel. Álvaro Passos. DJ-e, 10/03/2015.

¹⁴²BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, AP 0063328-75.2012.8.26.0100, Rel. Des. Cesar Luiz de Almeida. DJ-e, 18/03/2015.

¹⁴³LÔBO, Paulo. Direito civil: Famílias. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

¹⁴⁴Ibidem, p. 70.

das quais o outro abandonou.¹⁴⁵ Da mesma maneira, não se identificam os outros elementos essenciais à constatação da responsabilidade civil.

A escolha por findar um vínculo afetivo não tem caráter ilícito, nem caracteriza abuso de direito, mas constitui-se em direito potestativo. Por isso, não procede a análise quanto à incidência de culpa do agente.¹⁴⁶ Depreende-se, assim, pela não concessão de reparação indenizatória pela perda de uma chance resultante de término de relação amorosa.

3.4 A Perda da Chance e a Pensão Compensatória

A possibilidade de ajuizamento de pensão compensatória é matéria de deliberação doutrinária e jurisprudencial.¹⁴⁷ Rolf Madaleno, que sustenta a importação dos ordenamentos jurídicos francês e espanhol para o nacional, ministrou conferência denominada “Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios”, na qual foi abarcada a natureza dos alimentos compensatórios.¹⁴⁸

Resumidamente, a pensão compensatória, de terminologia francesa, disposta nos artigos 270 a 281 do Código Civil francês, e nos artigos 97 a 101 do Código Civil espanhol, tem o intuito de reparar o desequilíbrio constatado no momento da separação, examinando a situação econômica de um dos cônjuges a fim de identificar se algum dos consortes restará empobrecido.¹⁴⁹

Caso a resposta seja afirmativa, o magistrado deve ordenar a recompensa de uma quantia pelo companheiro mais rico ao outro, com a intenção de recompor o equilíbrio econômico originado pelo rompimento do vínculo afetivo, como atesta Rolf Madaleno:

Os alimentos compensatórios tampouco são uma decorrência natural ou um efeito automático da ruptura das núpcias, pois a sua fixação será ocasional, dependendo da concreta situação dos esposos, e dos pressupostos fáticos que conduzam à apuração de um efetivo desequilíbrio econômico-financeiro de um cônjuge em oposição ao outro. Embora a desigualdade já existisse antes mesmo da ruptura do casamento, essa disparidade era preenchida pelo dever mútuo de socorro presente na constância do matrimônio.¹⁵⁰

A responsabilidade pela pensão compensatória é objetiva, assim, basta que tenha havido cessação do relacionamento conjugal e assimetria entre o nível financeiro de um dos

¹⁴⁵TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Curso de direito civil,2: direito de família. 42. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁴⁶MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015, p. 104.

¹⁴⁷RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Alimentos compensatórios no Brasil e no exterior (parte 1).

¹⁴⁸MADALENO, Rolf. Obrigação, Dever de Assistência e Alimentos Transitórios.

¹⁴⁹MADALENO, Rolf. Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos Compensatórios. p. 18

¹⁵⁰Ibidem, p. 21.

cônjuges na vigência da união e a condição financeira posterior, com a ruptura.¹⁵¹ Segundo Jorge Azpiri, ela tampouco tem condão reparatório, já que não observa a culpa ou inocência para a sua autorização, cuja única base de análise é o fator objetivo da desigualdade econômica gerada entre os cônjuges.¹⁵²

Por isso, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance estaria correlacionada à pensão compensatória, já que o dano objetivo se fundamentaria pela perda de perspectivas e pelos custos de oportunidade intrínsecos ao casamento, por meio do término.¹⁵³

Tal como Rolf Madaleno, defendem a viabilidade de reconhecimento de pensão por alimentos compensatórios no direito pátrio, os autores Maria Berenice Dias, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Rodrigo da Cunha Pereira. A jurisprudência nacional tem pugnado, diversas vezes, pela possibilidade desse tipo de reparação.¹⁵⁴

Em sessão de 12 de novembro de 2013, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁵ analisou uma das hipóteses abrangendo pensão compensatória com mais reflexo no âmbito jurídico, que ficou popularmente noticiado como “O Caso Collor-Roseane”.¹⁵⁶

A Corte Superior compreendeu que o divórcio teria provocado a assimetria econômico financeira e que tal circunstância poderia ser solvida através da concessão da reparação compensatória. Quanto ao prazo, foi estabelecido o período de três anos para que a ex-esposa se reintegrasse ao mercado de trabalho.¹⁵⁷

A atual legislação pátria, no entanto, não contempla a hipótese de pensão compensatória. A incidência de responsabilidade objetiva atrai lei que a institua, assim, não

¹⁵¹MADALENO, Rolf. Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos Compensatórios, p. 26.

¹⁵²AZPIRI, Jorge O. Régimen de biens em matrimonio. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p.34 apud MADALENO, Rolf. Direito de família. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 2018, p. 861.

¹⁵³SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270-271.

¹⁵⁴MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015, p. 419.

¹⁵⁵O número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/112107388/quarta-turma-admite-fixacao-de-alimentos-compensatorios-para-ex-conjuge> acesso em 12.06.18.

¹⁵⁶ O ex-presidente da República havia ajuizado ação de oferecimento de alimentos em face de sua ex-mulher, pela qual lhe doava R\$ 5.200,00 mensais. A ex-mulher pleiteou que os alimentos fossem arbitrados em R\$ 40.000,00 mensais. Na inexistência de acordo entre as partes, o magistrado de primeira instância fixou os alimentos em 30 salários mínimos por mês, estabelecidos por tempo indeterminado. Ademais, o juiz designou a cessão à ex-esposa de dois automóveis e imóveis, no montante total de R\$ 950.000,00, a título indenizatório – destaca-se que as partes eram casadas sob o regime da separação convencional de bens. O Tribunal de Justiça de Alagoas modificou a decisão apenas para diminuir os alimentos para 20 salários mínimos mensais, por três anos. Por via de recurso especial, Collor sustentou que a imposição de transferência dos veículos e dos imóveis à ex-mulher caracterizaria julgamento extra petita, já que ela não haveria pleiteado valores a título compensatório. Outrossim, solicitou-se que a pensão fosse firmada por prazo fixado, sob pena de desempenhar categoria de plano de aposentadoria. A defesa de Roseane, em contrapartida, argumentou que ela havia se casado aos 19 anos e que nenhum bem havia sido posto em seu nome, durante os 22 anos em que estiveram juntos.

¹⁵⁷RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Alimentos compensatórios no Brasil e no exterior (parte 1).

existe fundamento para que se releve o componente culpa para autorização para este tipo de reparação no direito nacional.¹⁵⁸ Também, não há obrigatoriedade que imponha a um dos cônjuges a conservar o ex-companheiro no mesmo nível de vida que cultivava na constância do casamento.

O cônjuge mais privilegiado ao fim da relação conjugal não executa ato ilícito ou incorre em abuso de direito que possibilite a reparação de eventual dano que se possa aduzir, por isso, inconcebível se considerar responsabilizá-lo, além de que objetivamente.¹⁵⁹

José Fernando Simão teceu críticas ao instituto ao distinguir os alimentos compensatórios com alimentos preceituados no artigo 1.694 do Código Civil.¹⁶⁰ fundamentadas pela lição de Rolf Madaleno ao comentar o tema:

A finalidade da pensão compensatória não é a de cobrir as necessidades de subsistência do credor, como acontece com a pensão alimentícia, regulamentada pelo artigo 1.694 do Código Civil e sim corrigir o desequilíbrio existente no momento da separação, quando o juiz compara o status econômico de ambos os cônjuges e o empobrecimento de um deles em razão da dissolução da sociedade conjugal, podendo a pensão compensatória consistir em uma prestação única, por determinados meses ou alguns anos, e pode abarcar valores mensais e sem prévio termo final.¹⁶¹

O autor conclui que os chamados alimentos compensatórios não detêm nenhuma das características aludidas, pois, não se tratariam de alimentos, como outros doutrinadores que também criticaram a incidência do instituto no Brasil, de modo que os alimentos civis já supririam a situação social do alimentando, o que tornaria a pensão compensatória dispensável.¹⁶²

Portanto, não prospera a correspondência entre a pensão compensatória e a reparação pela perda de uma chance, uma vez que não se constata perda de oportunidade com a mera ruptura da relação conjugal, fundamentada pela realização do direito potestativo.¹⁶³ Não há

¹⁵⁸OLTRAMARI, Vitor Ugo. O dano moral na ruptura da sociedade conjugal. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.142.

¹⁵⁹BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, AI 2010.000379-1, Rei. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, DJ-e12/07/2010. “Ora, não se concebe como o só exercício do direito potestativo ao desfazimento puro e simples da sociedade conjugal possa constituir qualquer sorte de ato ilícito. Além disso, como frisado, não existe norma jurídica que imponha ao consorte o dever de manter o cônjuge no mesmo padrão de vida proporcionado pelo casamento; por isso, para além da inexistência de ato ilícito, nem sequer é possível dizer que o empobrecimento causado pela ruptura da sociedade conjugal possa ser alçado à categoria de dano capaz de gerar responsabilidade civil, precisamente porque esse prejuízo não se insere no âmbito de proteção de nenhuma norma legal. O dano, em suma, não é resultado da violação de um bem juridicamente protegido”.

¹⁶⁰BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, DF: 2002.

Art. 1694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

¹⁶¹SIMÃO, José Fernando. Alimentos compensatórios: desvio de categoria e um engano perigoso.

¹⁶²Ibidem.

¹⁶³PEREIRA, Sérgio Gischkow. Estudos de Direito de Família, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.82.

que se enunciar que o cônjuge menos abonado haveria renunciado possibilidades em benefício do casamento e que, por isso, mereceria qualquer tipo de reparação. Não se verifica nexo de causalidade entre a conduta do outro consorte e a perda de almejadas oportunidades, uma vez que ninguém é obrigado a se relacionar com o outro na sociedade pós-moderna. O casamento ou união estável e as renúncias daí provenientes são propósitos tomados por cada um. Por isso, não há como responsabilizar o ex-companheiro por essas perdas.

4 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E O ABANDONO AFETIVO PARENTAL

4.1 Abandono Afetivo e Premissas Jurídicas

Conforme elucidado, as relações familiares são permeadas por fatores de alto grau de subjetividade. Rolf Madaleno destaca que, como tem ocorrido na maioria das decisões judiciais, a indenização tem sido afastada desta seara, principalmente no tocante ao dano moral.¹⁶⁴ Assenta-se o argumento de que o Direito deveria considerar a liberdade das pessoas quanto às trocas afetivas no campo das relações familiares.

Por isso, vários doutrinadores, por muito tempo, defenderam a impossibilidade de se indenizar ou compensar danos sofridos por filhos prejudicados pelo rompimento dos deveres parentais de seus genitores, baseado na premissa de que não se poderia responsabilizar o pai que comete abandono afetivo pois ninguém é compelido a amar.¹⁶⁵ O assunto envolve a abrangência das obrigações dos pais com os filhos, do princípio jurídico da afetividade e o aspecto laico do Estado de Direito, que não pode instituir o amor ou afeto às pessoas.¹⁶⁶

Por outro lado, os adeptos favoráveis à tese sustentam o entendimento de uma paternidade/maternidade responsável, em que a recusa de afeto, que enseja diversos malefícios psicológicos,¹⁶⁷ consistiria em um ato antagônico ao ordenamento jurídico e, por isso, condenável na seara da responsabilidade civil.¹⁶⁸

O princípio da responsabilidade parental, disposto no artigo 226¹⁶⁹ da Constituição Federal, não se restringe ao desempenho da obrigação de assistência material.¹⁷⁰ Compreende

¹⁶⁴MADALENO, Rolf. Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos Compensatórios, p.8.

¹⁶⁵GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de Família. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 752-753.

¹⁶⁶LÔBO, Paulo Direito civil: famílias. 4. Ed. São Paulo : Saraiva, 2011, p. 310-311.

¹⁶⁷WINNICOTT, Donald Woods. A criança e o seu mundo. 5ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008 cap. 13, p. 95.

¹⁶⁸GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de Família. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 752.

¹⁶⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1988.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

¹⁷⁰PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. Abrigo e alternativas de acolhimento familiar, in: O cuidado como valor jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309.

também o auxílio moral, que é atribuição jurídica, cuja desobediência ocasiona a pretensão reparatória.¹⁷¹ Na sequência, o artigo 227¹⁷² da Carta Constitucional atribui à criança e ao adolescente os direitos oponíveis à família - até mesmo ao pai separado -, à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, os quais são direitos componentes da personalidade, cuja recusa acarreta dano moral. Isso demonstra que o poder familiar do pai divorciado não se finda com a separação, conservando as obrigações de criação, educação e companhia¹⁷³, que não se satisfazem com a pensão alimentícia. Por isso, o "abandono afetivo" é a infração aos deveres jurídicos de paternidade.¹⁷⁴

Impende destacar que a perda do poder familiar¹⁷⁵ foi indicada como uma das sanções possíveis de ser instituída aos pais que infringem a obrigação a eles imputada, de dirigirem a criação e educação de seus filhos.¹⁷⁶ No entanto, a perda do pátrio poder não extingue, nem impede a possibilidade de reparações ou compensações, pois tem como objetivo principal conservar a integridade do menor, oferecendo-lhe, por outros meios, a criação e educação

¹⁷¹VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: obrigações e responsabilidade civil. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2018. P, 797.

¹⁷²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1988.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹⁷³BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, DF: 2002.

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

¹⁷⁴TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, Síntese-IBDFAM, v. 32, out./nov. 2005, p. 156.

¹⁷⁵WEISHAUPT, Gisele Carla; SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Consequências do Abandono Afetivo Paterno e a (In) Efetividade Da Indenização Consecuencias del abandono afectivo del padre a la su hijo y de la (in) efectividad de la indemnización. 2014, p. 6.

¹⁷⁶BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, DF: 2002.

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

II - deixar o filho em abandono;

recusada pelos genitores, e nunca ressarcir os danos provenientes do malculdado recebido pelos filhos.¹⁷⁷

Por isso, a definição da reparação possui, além de outros, o imprescindível caráter punitivo e pedagógico, na ótica da função social da responsabilidade civil, para que não se solidifique a incoerência de se decretar ao pai ou a mãe responsável por essa séria atitude maléfica (jurídica e psíquica), apenas, a “perda do poder familiar”, pois, se assim o for, para o genitor que o executa, essa ficta sanção seria um verdadeiro favor.¹⁷⁸

Dessa maneira, o abandono parental deve ser compreendido como dano a um interesse jurídico tutelado, extrapatrimonial, provocado por omissão paterna ou materna na execução das obrigações parentais.¹⁷⁹ Sob essa perspectiva, convém demonstrar a análise de três demandas levadas ao judiciário.

4.2 Abandono Afetivo e a Jurisprudência

No primeiro caso, de Rio Grande do Sul, o juiz, em 2003, condenou o genitor a pagar 200 salários mínimos à filha pois “a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se autoafirme”.¹⁸⁰

Acentuou também o magistrado que ao Judiciário não compete compelir ninguém a ser pai, mas aquele que escolheu sê-lo tem responsabilidades a serem cumpridas, rememorando, ainda, que existem diversos meios para se evitar a paternidade.¹⁸¹ Na existência do vínculo de filiação, deverá executar bem a sua função, e caso isso não aconteça, poderá ser-lhe atribuído o imprescindível dever de reparação quando identificados atos que possam ter causado prejuízos aos filhos:

A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). Quando o legislador atribuiu aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando

¹⁷⁷GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de Família. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 761.

¹⁷⁸GRAMSTRUP, Erik F.; TARTUCE, Fernanda. A Responsabilidade Civil Pelo Uso Abusivo Do Poder Familiar. Responsabilidade civil no direito de família / coordenadores Rolf Madaleno; Eduardo Barbosa. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 190.

¹⁷⁹CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano moral no direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 239.

¹⁸⁰BRASIL. Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul, Ação indenizatória nº 141/1030012032-0, Rel. Mário Romano Maggioni, DJ-e 15/09/2003.

¹⁸¹LÓBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 310-311.

função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho¹⁸².

Na segunda situação, de São Paulo,¹⁸³ quando rompeu relacionamento com a mãe da criança para constituir nova família, o pai a abandonou com poucos meses de idade. A jovem sentiu-se desprezada pelo pai, principalmente por todos serem integrantes de colônia judaica, “crescendo envergonhada, tímida e embaraçada, com complexos de culpa e inferioridade”, submetendo-se, por isso, a tratamento psicológico.¹⁸⁴ O juiz julgou parcialmente procedente a ação e condenou o pai, em 2004, à reparação por danos morais e terapia psicológica da filha, no montante de R\$ 50.000,00, cujo relatório foi o seguinte:

M.M. ajuizou ação contra M.M., alegando que é filha do réu, que abandonou o lar do casal formado por ele e pela mãe da autora alguns meses após o nascimento da requerente; a partir de então, o réu passou a negligenciar a existência da autora, causando sérios danos psicológicos à requerente; pouco depois de se separar da mãe da autora, o réu constituiu nova família, da qual advieram três filhos; por serem todos membros da colônia judaica desta Capital, eram constantes os encontros da autora com seus irmãos e com o réu, que, no entanto, nem dirige a palavra à autora, fingindo não conhecê-la, como se dela envergonhasse, ao mesmo tempo em que trata os outros filhos com ternura, na presença da autora; assim durante anos a autora sentiu rejeitada e humilhada perante a colônia israelita, estigmatizada dentre seus pares, crescendo envergonhada, tímida e embaraçada, com complexos de culpa e inferioridade; a autora sofre de problemas psicológicos, que lhe trazem prejuízos nos campos profissional e afetivo, além de despesas com psicólogos, médicos e medicamentos. Pelo exposto, requereu a autora a condenação do réu ao pagamento de todos os valores despendidos pela autora, até o trânsito em julgado da sentença, para o tratamento dos transtornos causados pela rejeição e abandono praticados pelo réu, bem como o pagamento das despesas para continuidade do tratamento, além da condenação do réu ao pagamento de indenização do dano moral.¹⁸⁵

Entre as razões de seu convencimento, o magistrado destaca que a paternidade ocasiona o surgimento de deveres não apenas de aspecto material, mas também o de ter os filhos em sua companhia, efetivado pelo exercício do poder familiar por um dos pais e pelo direito de visita do outro.¹⁸⁶

Na terceira situação, de Minas Gerais, o autor ajuizou ação após a maioridade. Alega que até os 6 anos, manteve contato frequente com o pai. Após o divórcio dos genitores e o nascimento da irmã, descendente de novo relacionamento contraído pelo pai, este se distanciou definitivamente do filho, mesmo que lhe pagasse 20% de seus rendimentos

¹⁸²BRASIL. Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul, Ação indenizatória nº 141/1030012032-0, Rel. Mário Romano Maggioni, DJ-e 15/09/2003.

¹⁸³BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Processo nº.01.036747-0, 31ª Vara Cível Central, Comarca de São Paulo, juiz Luis Fernando Cirillo. DJ-e, 05/06/2004.

¹⁸⁴LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4.Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 310-311.

¹⁸⁵BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, op. cit.

¹⁸⁶Ibidem.

líquidos, passando a lhe tratar com insensibilidade, até mesmo em datas comemorativas, tais quais aniversários, formaturas e aprovação em vestibular. Baseado nessas circunstâncias e no artigo 227 da Constituição Federal, propôs ação por danos morais, julgada improcedente em Primeira Instância. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹⁸⁷ admitiu apelação¹⁸⁸ do filho, dispondo em resumo que: “a dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana”¹⁸⁹, estipulando a indenização em 200 salários mínimos.¹⁹⁰

O pai, inconformado, interpôs, em 2005, recurso ao STJ (REsp 757.411), o qual, modificando a decisão por maioria, compreendeu que:¹⁹¹

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ - REsp: 757411 MG 2005/0085464-3, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 29/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/03/2006 p. 299RB vol. 510 p. 20REVJMG vol. 175 p. 438RT vol. 849 p. 228)¹⁹²

Segundo o relator, a desobediência infundada do compromisso de guarda, subsistência e educação dos filhos provoca a perda do poder familiar, como a mais grave sanção civil a ser instituída ao pai. O voto vencido assinalou que a perda do poder familiar não prejudica a reparação por dano moral.¹⁹³ O recurso (RE 567164) não foi conhecido pelo Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que não incidiria violação direta à norma constitucional.

Rodrigo da Cunha Pereira, um dos pioneiros a abordar a reparação civil por abandono afetivo parental, ao examinar essa demanda submetida à Corte Superior consignou que:

Nesse caso, o abandono era “apenas” afetivo. O pai sempre pagou pensão alimentícia ao menor, deduzindo-se daí, a inexistência de conduta que trouxesse dor e dano moral ao filho. Faltou, entretanto, alimento para a alma. Afinal de contas, nem só de pão vive o homem. A ausência de prestação de uma assistência material seria até compreensível, caso se tratasse de um pai desprovido de recursos. O amor,

¹⁸⁷PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Nem só de Pão Vive o Homem: Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo*, p. 677: À época, denominado Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

¹⁸⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação cível nº 408.550-5. Relator: Juiz Unias Silva. Belo Horizonte, 01 de abril de 2004.

¹⁸⁹Ibidem.

¹⁹⁰LÔBO, Paulo. *Direito civil: Famílias*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 310-311.

¹⁹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 757.411/MG (2005/0085464-3), Rel. Fernando Gonçalves, DJ-e 29/11/2005.

¹⁹²Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3>>

¹⁹³HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil na relação paterno-filial*. In: *Direito e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 31.

o afeto, a convivência não são “itens opcionais de uma engrenagem”. São deveres atrelados à paternidade que foram violados frontalmente, configurando-se em atos ilícitos.”¹⁹⁴

José Fernando Simão assinalou ser inadmissível a confusão entre afeto e outras concepções, como amor, carinho e consideração. Por ter misturado os conceitos, o autor alega ter o Superior Tribunal de Justiça rechaçado o pleito em comento de reparação por abandono afetivo.¹⁹⁵

Se o afeto seria um dever jurídico, a rejeição imotivada e ilegítima constituiria ato ilícito. Foi o que asseverou a ministra Nancy Andrighi, ao julgar caso análogo, em 2012, em que distinguiu o abandono afetivo de ilegalidade que origina responsabilidade civil do mero abandono amoroso, como se extrai do seguinte excerto:

Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”. Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.”¹⁹⁶

Prosseguiu a ministra que o afeto, significando zelo, atitude, é imprescindível ao crescimento da criança. Ao agir em consonância com a atribuição de pai e mãe, o afeto é retirado do âmbito da subjetividade. A ausência do sentimento não deleta a necessidade e dever de condutas parentais, já que são obrigações e podem ser determinados pelo Judiciário.¹⁹⁷

¹⁹⁴PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de Pão Vive o Homem: Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo*, p. 678.

¹⁹⁵SIMÃO, José Fernando. *O afeto em xeque e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*.

¹⁹⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp.nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ-e 10/05/2012, p. 10.

¹⁹⁷Ibidem, p. 10.

Assim, o seguimento jurisprudencial precursor, de recusa do direito à indenização por abandono afetivo, gradativamente passa por um processo de ruptura, ao contemplar o aspecto social do instituto da responsabilidade civil.¹⁹⁸

4.3 Abandono Afetivo e a Perda de uma Chance

Em 2011, o Tribunal de justiça de Santa Catarina conferiu solução excêntrica para uma hipótese de abandono material.¹⁹⁹ Resumidamente, um homem ajuizou ação em face de seu genitor, pela qual arguiu ter sido vítima de abandono afetivo e material. De acordo com os fatos narrados, apenas recentemente o pai teria reconhecido a paternidade, apesar de no decorrer de toda a vida do filho nunca ter negado sua condição de pai, já que morou com ele e sua mãe durante seus três primeiros anos de vida. Ainda assim, o genitor foi praticamente omissos na criação da criança, com quem se negou a conviver e a quem sequer prestou suporte material suficiente para que pudesse evoluir dignamente.²⁰⁰

O TJSC seguiu o entendimento do juízo de primeiro grau relativamente à inviabilidade de concessão de indenização por abandono afetivo, acompanhando a máxima propagada pela jurisprudência, segundo a qual “não se pode obrigar a gostar de quem quer que seja, nem mesmo dos próprios filhos”.²⁰¹

A relatora, desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, em consonância com o posicionamento jurisprudencial do STJ,²⁰² de 2005, prevalecente à época, realizou a típica confusão entre afeto e amor, distinguida somente em 2012,²⁰³ para rechaçar a reparação por abandono afetivo. No entanto, há um trecho da decisão que admitiu a obrigação de indenização por danos morais sofridos com o abandono material.

Conforme a relatora, o desamparo material do filho, desde que voluntário e sem justificativa, caracteriza infringência aos deveres funcionais destacados nos incisos I e II do artigo 1.634 do Código Civil.²⁰⁴ O genitor concedeu tratamento diferenciado a seus outros

¹⁹⁸GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de Família. 7. Ed. São Paulo : Saraiva, 2017,p. 758.

¹⁹⁹BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2011.043951-1, Relatora a Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, 3ª Câmara de Direito Civil, pub. 26/09/2011

²⁰⁰Ibidem.

²⁰¹Ibidem.

²⁰²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 757.411/MG (2005/0085464-3), Rel. Fernando Gonçalves, DJ-e 29/11/2005.

²⁰³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp.nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ-e 10/05/2012.

²⁰⁴BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, DF: 2002.

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

filhos, que receberam o essencial apoio para a boa educação e, o autor, considerado comum agregado, obtinha esmolas e favores insignificantes, eventualmente. Enquanto o outro filho do réu formou-se em Direito por universidade particular, financiada pelo genitor, o autor foi analfabeto até os 22 anos. Diante dessa conjuntura de total desprezo pelo pai, a relatora conclui:

Em sociedade cada vez mais competitiva, em que as crianças se desigalam já quando nascem (ou antes ainda), com os estímulos cognitivos prestados pelos genitores, é presumível o abalo anímico sofrido pelo filho sabedor de que poderia ter recebido instrução formal e de qualidade, preparando-se adequadamente para o mercado de trabalho, mas, por inércia injustificável de seu pai, arrosta a condição de analfabeto durante grande parte de sua vida justamente na “era da informação”.

Diante disso é possível assentar que a indenização aqui solicitada encontra sustentáculo jurídico também a partir dos insumos doutrinários da responsabilidade civil por perda de uma chance, diante da frustração de obter uma vantagem futura por fato ou ato antijurídico praticado por outrem (cf: NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. São Paulo, Saraiva, 2003, v. I, p. 665).

É certo que o recebimento de educação formal por parte dos pais não configura garantia absoluta de sucesso profissional. Mas a chamada “perda de uma chance” não tem por objetivo indenizar fatos dessa natureza, isto é, “o prêmio da chegada”, o sucesso que não veio, mas sim constituir lenitivo pela oportunidade perdida, pela ponte que foi queimada e que não pode mais ser erguida, pelo caminho que poderia ter sido trilhado mas que foi fechado justamente por ato ilícito e injustificado cometido por quem tinha o dever jurídico de abri-lo.

Também é rigorosamente presumível o abalo que sente o filho ao ver que seu pai, mesmo sabendo-se seu pai, trata-o não como filho, mas como agregado, mero destinatário de trastes de pouco ou nenhum valor, em total menoscabo à regra constitucional de isonomia entre os filhos.²⁰⁵

Como destacado por ela, a perda da chance não tem como intuito recompor o “prêmio de chegada”, contudo é preciso que a chance seja séria e real para atender ao requisito de probabilidade reparável e não mera expectativa, por demais genérica ou simples aspiração compreendida em dano extremamente hipotético.²⁰⁶

Rafael Peteffi, ao examinar a recusa da Corte de Cassação Francesa em permitir reparação por perda da chance de auferir profissão bem recompensada a um menino de nove anos que, em virtude de acidente, teve desempenho escolar dificultado, bem como ficou inábil para realizar certas atividades manuais, Yves Chartier alega que não seria provável certificar, com um mínimo de seriedade, que, não fosse o ato doloso do responsável pelo acidente, o garoto concluiria seus estudos e obteria carreira bem vitoriosa.²⁰⁷ Devido ao amplo lapso

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

²⁰⁵BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2011.043951-1, Relatora a Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, 3ª Câmara de Direito Civil, pub. 26/09/2011.

²⁰⁶NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. Revista de Direito Privado, n. 23, p. 29.

²⁰⁷J.C.P. 1985.II. 20360 note Chartier. Decisão proferida em 9 de novembro de 1983.apud SILVA, Rafael Peteffi da. A Responsabilidade pela perda de uma chance, rico exemplo de circulação de modelos doutrinários e jurisprudenciais.

temporal entre a situação danosa e o benefício ansiado, “uma gama enorme de fatores poderiam influir no seu caminho até a idade adulta”²⁰⁸

Conclui o autor que, quanto maior for o espaço temporal, maior será a probabilidade de que concausas influenciem na conquista da vantagem pretendida, reduzindo as chances perdidas e abrandando o prejuízo à mera expectativa.²⁰⁹ Contudo, evidencia a relevância em se analisar cada caso concreto, uma vez que ainda que o intervalo temporal seja um motivo importante na especificação da seriedade da chance, existirá casos em que será consentida reparação para hipóteses com aumento temporal significativo pertinente a outras razões.²¹⁰

No caso catarinense em referência, ainda que fosse capaz que o jovem se desvirtuasse do percurso que o levaria a conquistar ofício bem remunerado se seu pai tivesse lhe proporcionado amparo necessário, a realidade é que com educação apropriada, muito dificilmente teria ele permanecido na circunstância de analfabeto por tanto tempo.²¹¹ Ademais, restou demonstrado que, devido às condições apresentadas pelo pai, um irmão do autor se graduou em Direito em faculdade particular. Às vezes os componentes suscitados não sejam aptos para que se possa anunciar, com determinação, que o autor concluiria curso semelhante ao do irmão, no entanto bastam para reconhecer que, muito possivelmente estaria em contexto bem menos desagradável do que a atual no momento em que ajuizou a ação.²¹²

Desta maneira, conclui-se que eventual deliberação quanto à reparação versará a respeito da gradação do prejuízo proveniente da oportunidade aniquilada, e não do âmbito da seriedade da chance perdida. Devido a um fato ilícito provocado, ou incitado por outrem, a chance torna-se inviável.²¹³ O pai quebra as obrigações inerentes à paternidade. O filho perde a oportunidade de atingir condição mais benéfica, tendo em vista a omissão promovida pelo pai.²¹⁴ Perdeu-se a possibilidade de convivência afetiva, que poderia ter contribuído para o progresso psíquico.

²⁰⁸J.C.P. 1985.II. 20360 note Chartier. Decisão proferida em 9 de novembro de 1983.apud SILVA, Rafael Peteffi da. A Responsabilidade pela perda de uma chance, rico exemplo de circulação de modelos doutrinários e jurisprudenciais.

²⁰⁹SILVA, Rafael Peteffi da.A Responsabilidade pela perda de uma chance e as condições para sua aplicação. Questões controvertidas, Série Grandes Temas do Direito Privado. vol. 05, São Paulo: Método, 2006.

²¹⁰PEREIRA, Agnócléia Santos e TORRES, Felipe Soares. O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas. Revista dos Tribunais, 2015.

²¹¹BRASIL. Decreto-Lei No 2.848, de 7-12-1940. Brasília, DF: 1940.

Art. 246 – Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

²¹²CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano moral no direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 238-239.

²¹³SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 2, p. 480.apud AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, p. 440.

²¹⁴AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de.Novos danos na Responsabilidade Civil. A perda de uma chance. Cap. 18. Livro Direito Civil. Diálogos entre a doutrina e jurisprudência (SCHREIBER, Anderson ...[et. al.]; coord SALOMÃO, Luiz Felipe;TARTUCE, Flávio), 1ª Ed, São Paulo: Atlas, 2018, p. 439.

Para se compreender a perda de uma chance, é preciso examiná-la em dois planos distintos: (i) existência de uma perda; e (ii) quantificação da perda. No plano da existência, verifica-se se houve a perda efetiva de uma oportunidade séria e real. Em seguida, passa-se ao plano da quantificação da perda, onde se investiga qual seria a probabilidade de obtenção do resultado final, atribuindo-se um valor proporcional à perda da chance de obtê-lo.²¹⁵

Assim, rememorando Enunciado nº 444 da V Jornada de Direito Civil, e posicionamento adotado pela Corte Superior²¹⁶, a perda de uma chance se aplica tanto aos danos de categoria patrimonial como aos de caráter extrapatrimonial.²¹⁷

Em virtude de o assunto ser ainda recente nos tribunais pátrios, nota-se que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que é incumbido da unificação da jurisprudência infraconstitucional, existem exemplos de acertos na interpretação e execução da teoria, mas também má assimilação que podem desencadear circunstâncias em que a parte tenha efetivamente sofrido um prejuízo injustamente, mas que, devido à vicissitudes pertinentes à utilização da teoria à prática, continua sem indenização.²¹⁸

Por isso, a discussão quanto a essa nova modalidade de dano anuncia-se como fundamental, a fim de impossibilitar que condições danosas efetivamente sustentadas pelos indivíduos perdurem-se sem a pertinente recompensa a restaurar a harmonia das relações e situações jurídicas intersubjetivas.²¹⁹

Por mais que à época em que a decisão em comento fora prolatada, o entendimento jurisprudencial do STJ fosse de afastar a possibilidade de indenização moral por abandono afetivo, e ainda que não haja acórdão específico da Corte tratando especificamente sobre a incidência da teoria da perda de uma chance ao Direito de Família, a distinção realizada entre "amor" e "afeto" realizada pela ministra Andrighi²²⁰, em 2012, oportuniza essa exequibilidade.

²¹⁵SCHREIBER, Anderson. A perda de uma chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: comentários ao acórdão no REsp 1.104/RS (rel. Min. Massami Uyeda, Dje. 04.08.2009). In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 93 e 94.

²¹⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp.1079185/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 04/08/2009: “A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais como morais.”

²¹⁷SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2013, p. 238.

²¹⁸AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos; PONAP, Everton Willian. A Perda Da Chance Na Jurisprudência Do Superior Tribunal De Justiça – Os (Des)Caminhos De Uma Compreensão Teórica The Loss Of Chance On The Superior Court Of Justice’s Jurisprudence – The (Mis) Directions Of A Theoric Comprehension, p. 118-120.

²¹⁹Ibidem, p. 118-120.

²²⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp.nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ-e 10/05/2012.

Desta maneira, a reparação por abandono parental é adequada quando intenta abrandar os danos ocasionados ao filho, realçando o princípio da dignidade humana e o dever de cuidado dos pais com a prole.²²¹ Há um prejuízo concreto de uma possibilidade séria e real de convívio familiar e, também, de apropriado desenvolvimento psicológico e de inclusão social, em virtude de negligência parental, que enseja uma responsabilização também educativa.²²² Por isso, é possível aplicar a teoria da perda de uma chance ao filho desprezado pela omissão parental, tendo em vista que a criança perdeu a chance de convívio familiar por uma atitude do seu genitor.²²³

Não se pode esperar que uma criança, sabidamente rejeitada pelo pai, privada de seu convívio, desenvolva uma projeção idealizada da figura masculina e, ao mesmo tempo, não lhe imponha transtornos psicológicos porquanto frustrada a expectativa de um convívio familiar pleno. A melhor doutrina esclarece que, muito mais que obrigação dos pais, o pleno desenvolvimento e o convívio saudável entre o filho e o pai é direito do filho. Muito mais que obrigação dos pais, o pleno desenvolvimento e o convívio saudável entre o filho e o pai é direito indisponível do filho: Portanto, amor e afeto são direitos dos filhos que não podem ser punidos pelas desinteligências e ressentimentos dos seus pais, porquanto a falta deste contato influencia negativamente na formação e no desenvolvimento do infante, permitindo este vazio a criação de carências incuráveis, e de resultados devastadores na auto estima da descendência, que cresceu acreditando-se rejeitada e desamada.²²⁴

A jurisprudência vem consolidando um novo delineamento para o direito das famílias, pautado especificamente na dignidade da pessoa humana, na solidariedade social estatuída no art. 3º, I, da CF/88.²²⁵ Em razão disso, os julgados que passaram a tutelar e dirimir questões supra legais, constroem o entendimento de que o objetivo essencial do Direito das famílias é, sobremaneira, as relações afetivas, o afeto.²²⁶ Por essa razão, a necessidade de repreensão dos pais pela omissão de cuidado e, essencialmente, pelo abandono da prole. Nesse ponto, “a teoria da perda de uma chance apresenta-se revitalizada no contexto atual como instrumento indispensável à realização da justiça.”²²⁷

²²¹WEISHAUP, Gisele Carla; SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Consequências Do Abandono Afetivo Paterno E A (In) Efetividade Da Indenização. Consecuencias del abandono afectivodel padre a la su hijo y de la (in) efectividad de la indemnización, 2014.

²²²CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano moral no direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 239.

²²³AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. p. 465. apud SILVA, Renato de Abreu e. A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. Revista da Emerj, v. 9, n. 36, p. 48, 2006.

²²⁴BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível no 1.0145.07.411698-2/001, Rel Des. Barros Levenhagem, 5ª Câmara Cível, DJ-e 16/01/2014.

²²⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1988.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária

²²⁶DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias, p. 66.

²²⁷AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. p. 465. apud SILVA, Renato de Abreu e. A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. Revista da Emerj, v. 9, n. 36, 2006, p. 48.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo paradigma, firmado na dignidade da pessoa humana, transformou a estrutura da Responsabilidade Civil, que passou a priorizar a reparação da vítima prejudicada ao invés da sanção do agente culpado. Esse novo entendimento é equivalente à pretensão da sociedade atual em alargar as hipóteses indenizatórias.

Com efeito, a garantia de tutela avançada da pessoa humana proporcionada pela carga axiológica constitucional permitiu que os pressupostos configuradores da Responsabilidade Civil fossem flexibilizados. Expandiu-se o grau e o volume de indenizações civis pela transgressão a novos direitos e interesses abarcados. Surge a Teoria da Perda de uma Chance como conceito reparador do âmago humano. Situações outrora não contempladas eficazmente encontram viabilidade de compensação na doutrina e jurisprudência.

A teoria foi absorvida no ordenamento jurídico pátrio como modo de indenização civil fundamentado na perda da oportunidade de se auferir um benefício ou de se evitar um prejuízo. Contudo, apesar da divergência doutrinária quanto à natureza jurídica do dano, demonstrou-se que não deve contemplar toda e qualquer chance dissipada. Deve ser séria e real, não mera possibilidade.

Também, no caso submetido ao judiciário, deve ser identificada uma probabilidade satisfatória de obtenção do resultado almejado, caso não houvesse ocorrido a situação danosa. Distinguiu-se a confusão errônea realizada com os conceitos de lucro cessante e dano emergente. A vítima não será reparada integralmente, mas sim em uma porcentagem calculada. Nesse ponto, destaca-se a figura do magistrado em quantificar o dano, munido de recursos probabilísticos e do princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

A teoria é perfeitamente cabível às relações familiares, no entanto, deve respeitar as particularidades que essa área apresenta, como o ramo do Direito mais existencial, cuja estrutura substancial é o afeto. Nas hipóteses de perda da chance de convívio familiar, a teoria se adequa para condenar aquele que dolosa ou culposamente retira de um dos pais a oportunidade de relacionamento com seu filho.

Tratou-se da hipótese da mãe grávida que, por algum motivo, esconda a paternidade do verdadeiro pai e engrene relacionamento com outro companheiro, o qual estabelece laços afetivos com a criança e exerce efetivamente a função paterna, amparado pelo artigo 1.593 do Código Civil. Neste caso, é notório que do genitor, e também do filho, foi retirada a oportunidade de instauração de relacionamento paterno-filial, apesar de não se assegurar com absoluta certeza que o convívio entre ambos se desenvolveria de maneira salutar.

Outro caso também retratado foi o da perda da chance de convívio por alienação parental. Observa-se que, um dos pais, movido por sentimentos negativos, normalmente aquele que detém a guarda após o término do relacionamento entre ambos, utiliza a criança para atacar o outro genitor ou sua família. Constatou-se a perda da oportunidade de dar continuidade ao laço afetivo, caso já estabelecido entre pai e filho, ou no impedimento de que haja qualquer vínculo afetivo, caso o evento danoso tenha ocorrido nos primórdios da vida da criança.

Abarcou-se também hipótese de perda de obtenção de alimentos futuros, que foi obstada pelo causador da morte desse futuro provedor. No entanto, verifica-se que não se trata de caso apto a ensejar a incidência da teoria da perda de uma chance, visto que há um lapso temporal que impede de se afirmar, com mínima probabilidade, que a vítima teria condições econômicas de prover alimentos no futuro. A chance deve se demonstrar atual.

Outro caso recorrente e abordado, refere-se à possibilidade de aplicação da teoria em virtude de término de relação afetiva. Ainda que a ruptura de relacionamento ocasione dor, não é viável culpar o ex-companheiro pela frustração de planos pretendidos na constância da união. Não é possível obrigar alguém a permanecer em um relacionamento, infringindo sua liberdade e privacidade. Trata-se de um direito potestativo e não de atitude ilícita. Por isso, não cabe a teoria.

A possibilidade de obter pensão compensatória em virtude de término de relacionamento conjugal também não prospera. Orientando-se pela mesma proposição anterior, não há como impor ao ex-cônjuge a obrigação de equilibrar a assimetria econômica verificada após a ruptura da relação. Divorciar é um direito.

Por fim, explorou-se a utilização da teoria pela perda de uma chance ao abandono afetivo parental. Como exposto no começo do trabalho, a indenização por danos morais no Direito de Família encontrava resistência na doutrina e jurisprudência, pelo receio do fenômeno de monetarização das relações de afeto. Sobretudo, nos casos de abandono afetivo parental, não se constatava ilícito que ensejasse reparação, fundamentado pela máxima "ninguém é obrigado a amar".

Demonstrou-se a análise jurisprudencial sobre o tema. Em especial, destacou-se o voto da ministra Nancy Andrighi que, em 2012, distinguiu conceitos confundidos: amor e afeto, proposição antes difundida para justificar a negativa para esses pleitos. Foi examinado também caso em que incidia a teoria da perda de uma chance, o qual concedeu a reparação por danos morais por abandono material.

À época, a decisão estava em consonância com o entendimento solidificado no Superior Tribunal de Justiça que, até 2012, negava indenização por abandono afetivo. O Enunciado 444, da V Jornada de Direito Civil também representou um marco ao expor que a responsabilidade civil pela perda de uma chance abarca tanto danos patrimoniais, como extrapatrimoniais.

A partir das premissas jurídicas abarcadas pela legislação infraconstitucional e pela Carta Magna, aliadas ao progresso jurisprudencial que vem sendo constatado, é possível que a teoria da perda de uma chance seja empregada para reparar hipóteses de abandono afetivo parental. Ainda que não exista um consenso na doutrina e harmonia entre os julgados, quanto ao tema, reconhecer essa viabilidade de incidência objetiva e atende a um anseio indenizatório por justiça.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Novos danos na Responsabilidade Civil. A perda de uma chance. Cap. 18. Livro Direito Civil. Diálogos entre a doutrina e jurisprudência (SCHREIBER, Anderson ...[et. al.]; coord SALOMÃO, Luiz Felipe ;TARTUCE, Flávio), 1ª edição, São Paulo: Atlas, 2018.

AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos; PONAP, Everton Willian. A Perda Da Chance Na Jurisprudência Do Superior Tribunal De Justiça – Os (Des) Caminhos De Uma Compreensão Teórica The Loss Of Chance On The Superior Court Of Justice’s Jurisprudence – The (Mis) Directions Of A Theoric Comprehension. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/20060/15396>>

AZEVEDO, Isabela Melo Rêgo. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: Uma análise à luz do princípio da dignidade humana. Recife: Nossa Livraria, 2011.

BAPTISTA, Makilim Nunes; TEODORO, Maycoln L. M. Psicologia de família: teoria, avaliação e intervenções. Porto Alegre: Artmed, 2012.

BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance sua intersecção com o Direito das Famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_23134327_A_RESPONSABILIDADE_CIVIL_P_ELA_PERDA_DE_UMA_CHANCE_SUA_INTERSECCAO_COM_O_DIREITO_DAS_FAMILIAS_E_O_ESTABELECIMENTO_DAS_RELACOES_PARENTAIS_INVESTIGAND_O_POSSIBILIDADES.aspx>

BARROS, Fernanda Otoni de. Do direito ao pai: a paternidade no tribunal e na vida. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª Ed., 2005. Disponível em: <https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Fernanda_Otoni/DireitoPai.pdf>

BRAGANHOLE, Beatriz Helena. Algumas reflexões acerca da evolução, crise e constitucionalidade do Direito de Família brasileiro. In: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 28, fev./mar, 2005. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:revista:1999;000553606>>

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

BRASIL. Decreto Legislativo n. 28, de 24-9-1990. Brasília, DF: 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>

BRASIL. Decreto-Lei No 2.848, de 7-12-1940. Brasília, DF: 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, DF: 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-publicacaooriginal-1-pl.html>>

BRASIL. Lei nº 12.318/2010. Brasília, DF: 2010. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>

BRASIL. Lei nº 8.069/1990. Brasília, DF: 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp.nº 757.411/MG, Rel. Fernando Gonçalves, DJ-e 29/11/2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3-stj/relatorio-e-voto-12899600?ref=juris-tabs>>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp.nº 1.159.242/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ-e 10/05/2012. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/26841702/recurso-especial-n-1159242-sp>>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp.nº1079185/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ-e 04/08/2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062205/recurso-especial-resp-1079185-mg-2008-0168439-5>>

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível no 1.0145.07.411698-2/001, Rel Des. Barros Levenhagem, 5ª Câmara Cível, DJ-e 16/01/2014. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118756909/apelacao-civel-ac-10145074116982001-mg/inteiro-teor-118756950?ref=juris-tabs>>

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, AI 2010.000379-1, Rei. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, DJ-e 12/07/2010. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17998368/agravo-de-instrumento-ai-3791-sc-2010000379-1>>

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2011.043951-1, Relatora a Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, 3ª Câmara de Direito Civil, pub. 26/09/2011. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20920789/embargos-de-declaracao-em-apelacao-civel-ed-439511-sc-2011043951-1-tjsc/inteiro-teor-20920790>>

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, AP 0001597-41.2013.8.26.0004, Rel. Álvaro Passos. DJ-e,10/03/2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/547345051/andamento-do-processo-n-0001597-4120138260004-procedimento-comum-uniao-homoafetiva-21-02-2018-do-tjsp>>

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, AP 0063328-75.2012.8.26.0100, Rel. Des. Cesar Luiz de Almeida. DJ-e, 18/03/2015. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/177901462/apelacao-apl-633287520128260100-sp-0063328-7520128260100/inteiro-teor-177901473>>

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Processo nº.01.036747-0, 31ª Vara Cível Central, Comarca de São Paulo, juiz Luis Fernando Cirillo. DJ-e, 05/06/2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação cível nº 408.550-5. Relator: Juiz Unias Silva. Belo Horizonte, 01 de abril de 2004. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6066308/102510802614140011-mg-1025108026141-4-001-1/inteiro-teor-12206203>>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível 46669-34.2012.8.16.0014, Rel. Joeci Machado Camargo, DJ-e 29/01/2014. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/41380871/djpr-11-10-2012-pg-336>>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 700030003845, Rel. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. 6ª Câmara Cível. Julgado em 29/05/2002. Disponível em:

<http://google8.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70003003845%26num_processo%3D70003003845%26codEmenta%3D514098+70003003845&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF8&numProc=70003003845&comarca=4%AA+VARA+CIVEL+DE+CAXIAS+DO+SUL&dtJulg=29-05-2002&relator=Ant%F4nio+Corr%EAa+Palmeiro+da+Fontoura>

BRASIL. Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul, Ação indenizatória nº 141/1030012032-0, Rel. Mário Romano Maggioni, DJ-e 15/09/2003. Disponível em <<https://atamiresoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/539172660/responsabilidade-civil-por-abandono-afetivo-dos-filhos>>

BRITO, Daniel Chaves de; RIBEIRO, Tânia Guimarães. A Modernização na Era das Incertezas: Crise e Desafios da Teoria Social. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-753X2003000200009&script=sci_abstract&tlng=pt>

BRITO, Roberta Veras. A responsabilidade civil por perda de uma chance. Revista da ESMAPE – Escola Superior de Magistratura de Pernambuco, vol. 12, n. 26, jul.-dez. 2007. t. II.

BURGOS, Osvaldo R. Danos ai proyecto de vida: reparación integral, crisis de la responsabilidad civil, nuevos danos, nuevos danos, proyecto vital y calidad de vida, jurisprudencia de la CSJN y de la CIDH, cómo plante ar la pretensión, pautas para resarcir. Buenos Aires: Astrea, 2012. Disponível em: <<http://www.casi.com.ar/sites/default/files/10453.PDF>>

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano moral no direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação na alienação parental: uma via aberta para a pacificação familiar, como forma de acesso à justiça. Disponível em: <<http://galdino.adv.br/site/artigos/download/page/6/id/215>>

CARNAÚBA, Daniel Amaral. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica. Coordenação: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013. Disponível em: <https://dadospdf.com/download/rt-a-responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance-a-tecnica-na-jurisprudencia-francesa-_5a4d1b91b7d7bcab6731e7e7_pdf >

CAVALIERE FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2010.

CRUZ, Gisela Sampaio. O problema do nexa causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2005;000739486>>

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª Ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2015.

DINIZ, Maria Helena Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. Rev. TST, Brasília, vol. 76, n.º 1, jan-mar 2010. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13478/2010_facchini_neto_responsabilidade_civil.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:capitulo.livro:2003;1000696732>>

FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação. Disponível: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:capitulo.livro:2003;1000696732>>

FERREIRA, Durval. Dano da perda de chance. Responsabilidade civil. Pelo que não se fez ou se fez mal com perda de oportunidade dum vantagem. Doutrina e Jurisprudência. 2ª Ed. Editor vida econômica. Editorial SA.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de Família. 7. Ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONDIM, Glenda Gonçalves. A Reparação Civil na Teoria da Perda de uma Chance. São Paulo: Ed. Clássica, 2013. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146052.pdf>>

GRAMSTRUP, Erik F.; TARTUCE, Fernanda. A Responsabilidade Civil Pelo Uso Abusivo Do Poder Familiar. Responsabilidade civil no direito de família / coordenadores Rolf Madaleno; Eduardo Barbosa. São Paulo: Atlas, 2015.

GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família. A outra face do Poder Judiciário – Decisões inovadoras e mudanças de paradigmas. Coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Belo Horizonte: Del Rey/São Paulo: Escola Paulista de Direito. EPD, 2005. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/39772>>

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. In: Direito e responsabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4192/responsabilidade-civil-na-relacao-paterno-filial>>

JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. Revista forense. Mensário Nacional de Doutrina, Jurisprudência e Legislação, junho, 1941.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Prefácio. In: História da família, v. 1.

LISBOA, Roberto Senise Manual de direito civil, v. 5 : direito de família e sucessões. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: O Direito de Família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:capitulo.livro:1989;1000112480>>

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Disponível em: <<http://www.direitofmc.xpg.com.br/TGDC/texto01.pdf>>

LÔBO, Paulo. Direito civil: Famílias. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. Direito de família. 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO, Rolf. Manual de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MADALENO, Rolf. Obrigação, Dever de Assistência e Alimentos Transitórios. 2004. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2004;3000691409>>

MADALENO, Rolf. Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos Compensatórios. 2009. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2009;1000872763>>

MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015.

MATTOS DO AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin e PONA, Everton Willian; A perda da Chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – os (Des) caminhos de uma compreensão teórica; SCIENTIA IURIS, Londrina, v.18, n.2, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/20060>>

MELO, Nehemias Domingos de. Lições de direito civil: volume 5: família e sucessões: para concursos, exame da Ordem e graduação em direito. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Disponível em:

- <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_constitucionalizacao_do_direito_civil_e_seus.pdf>
- MORAES, Maria Celina Bodin. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A responsabilidade civil por presunção de causalidade. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. Disponível em: <<https://es.scribd.com/document/334398839/Caitlin-Sampaio-Mulholland-A-responsabilidade-civil-por-presuncao-de-causalidade-pdf>>
- NADER, Paulo. Curso de direito civil, v. 5: Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NORONHA, Fernando Direito das obrigações. 3a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. Revista de Direito Privado, n. 23.
- OLTRAMARI, Vitor Ugo. O dano moral na ruptura da sociedade conjugal. Rio de Janeiro:Forense, 2005. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2005;000711021>>
- OTERO, Marcelo Truzzi. Responsabilidade Civil pela Dissolução Conjugal Responsabilidade civil no direito de família / coordenadores Rolf Madaleno; Eduardo Barbosa. São Paulo: Atlas, 2015.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A Torre de Babel das Novas Adjetivações do Dano.
- PEREIRA, Agnoclébia Santos; TORRES, Felipe Soares. O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas. Revista dos Tribunais, 2015.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio: teoria e prática. Rio de Janeiro: GZ Editora.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Nem só de Pão Vive o Homem: Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>>
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. Estudos de Direito de Família, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. Abrigo e alternativas de acolhimento familiar, in: O cuidado como valor jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PIVA, Rui carvalho. Famílias e Tutela dos Direitos Difusos. São Paulo. Ed. Atlas S.A. 2014.
- REALE, Miguel. Fontes e Modelos do Direito. 1. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade de vigilância, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, no prelo.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Alimentos compensatórios no Brasil e no exterior. 2014 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jan-08/direito-comparado-alimentos-compensatorios-brasil-externo-parte>>

RODRÍGUEZ, Mauricio Tapia. Pérdida de una chance: su indemnización em la jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho: Escuela de Postgrado*, Santiago, n. 2. Die. 2012.

ROSENVOLD, Nelson *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. 2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Sarlet-civilistica.com-a.-1.n.1.2012.pdf>>

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. A Teoria da Perda da Chance como Solução para o “se” Indenizável. *Revista da EMERJ*, v. 12, nº 48, 2009.

SCHREIBER, Anderson. A perda de uma chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: comentários ao acórdão no REsp 1.104/RS (rel. Min. Massami Uyeda, Dje. 04.08.2009). In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Novas Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira*. 2005. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf>

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Eduardo. A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: O Direito de Família entre a Constituição e o Código Civil. In: *A reconstrução do Direito Privado*. MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). São Paulo: RT, 2002.

SILVA, Rafael Pettefi da. *A Responsabilidade pela perda de uma chance, rico exemplo de circulação de modelos doutrinários e jurisprudenciais*.

SILVA, Rafael Pettefi da. *A Responsabilidade pela perda de uma chance e as condições para sua aplicação. Questões controvertidas, Série Grandes Temas do Direito Privado*. vol. 05, São Paulo: Método, 2006.

SILVA, Rafael Pettefi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2013

SILVA, Rafael Pettefi da. Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. Disponível em: <<http://patriciafontanella.adv.br/wp-content/uploads/2011/01/A-possibilidade-de-recep%C3%A7%C3%A3o-de-novas-modalidades-de-danos-pelo-ordenamento-brasileiro..pdf>>

SILVA, Renato de Abreu e. A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. *Revista da Emerj*, v. 9, n. 36, 2006.

SIMÃO, José Fernando. Alimentos compensatórios: desvio de categoria e um engano perigoso. 2013. <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/alimentos-compensatorios-desvio-de-categoria-e-um-engano-perigoso/10797>>

SIMÃO, José Fernando. O afeto em xeque e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-12/processo-familiar-superior-tribunal-justica-afeto-valor-juridico2>>

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil, v.5: Família. São Paulo: Método, 2006.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Curso de direito civil, 2: direito de família. 42. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, Síntese. IBDFAM, v. 32, out./nov. 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: Direito de Família contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.), 1997.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 2. Ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo Direito Civil: Direito de Família. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo Direito civil: obrigações e responsabilidade civil. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

WEISHAUPT, Gisele Carla; SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Consequências Do Abandono Afetivo Paterno E A (In) Efetividade Da Indenização. Consecuencias del abandono afectivo del padre a la su hijo y de la (in) efectividad de la indemnización, 2014.

WINNICOTT, Donald Woods. A criança e o seu mundo. 5ª ed. Rio de Janeiro: LTC, cap. 13, 2008.