

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR/MG
CURSO DE DIREITO
LAÍS BRUNNELLI DA MATA

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE
EM CASOS DE ABANDONO AFETIVO

FORMIGA – MG
2018

LAÍS BRUNNELLI DA MATA

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE EM
CASOS DE ABANDONO AFETIVO

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Curso de Direito do
UNIFOR, como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito.
Orientador: Dr. Altair Resende de
Alvarenga

FORMIGA – MG

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca UNIFOR-MG

M425 Mata, Laís Brunnelli da.
A possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance em
casos de abandono afetivo / Laís Brunnelli da Mata. – 2018.
69 f.

Orientador: Altair Resende de Alvarenga.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro
Universitário de Formiga - UNIFOR, Formiga, 2018.

1. Perda chance. 2. Abandono afetivo. 3. Direito de família.. I. Título.

CDD 346.015

Catálogo elaborado na fonte pela bibliotecária
Rosana Guimarães Silva – CRB6-3064

Laís Brunnelli da Mata

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA
CHANCE EM CASOS DE ABANDONO AFETIVO

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao curso de Direito do Unifor,
como requisito parcial para obtenção de
título de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Altair Resende de Alvarenga
Orientador

Professora Ms. Adriana Costa Prado de Oliveira
UNIFOR-MG

Professor Eniopaulo Batista Pieroni
UNIFOR-MG

Dedico este trabalho à minha família, por todo apoio e incentivo prestado.

Especialmente, à minha mãe, por sempre fazer o que está ao seu alcance para o meu bem, com muito amor e carinho.

Ao meu pai, pela incentivação em busca dos meus sonhos.

À minha prima Laisa, pessoa muito especial para mim, sendo sua história de vida um dos motivos para escolha do presente tema da monografia.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço imensamente à Deus por permitir mais uma vez, a conclusão de outro ciclo da minha vida.

Agradeço aos meus pais, Neusa e Valdinei, por me proporcionar essa oportunidade de aprimorar os meus conhecimentos. Por sempre cuidarem de mim, com todo amor e carinho. A presença, incentivo e compreensão de vocês foram fundamentais para a realização dessa etapa.

À minha avó Maria, por cuidar de mim com muito amor e por todas as orações de proteção.

Ao meu namorado, Walter, pela paciência, por todo amor, companheirismo e dedicação. Obrigada por sempre estar disposto a me ajudar em minhas dificuldades.

Aos meus professores, pela partilha de conhecimento e ensinamentos. Vocês tem toda a minha admiração, respeito e carinho.

Ao meu professor e orientador, Doutor Altair, pela disponibilidade e ajuda para a concretização do presente trabalho.

Por fim, agradeço à minha amiga Rayana, pela amizade, companheirismo e por todo apoio prestado durante esses cinco anos de faculdade.

RESUMO

A teoria da perda de uma chance é uma nova modalidade da responsabilidade civil, que visa reparar os danos oriundos da perda de uma chance séria e real, por causa de ação ou omissão ilícita por outrem. Tal teoria aos poucos passa a ser frequente nos tribunais brasileiros, assim, existem fundamentos para aplicação dessa teoria no âmbito familiar, especialmente, em casos de abandono afetivo. O abandono afetivo é a omissão dos genitores em cuidar e zelar de seus filhos, não em questão material, mas sentimental, afetivamente, inclusive, envolve o direito à convivência. Ante os possíveis conflitos presentes nas relações familiares, constatou-se que a teoria é considerada para alguns doutrinadores uma nova possibilidade de indenização que tem o intuito de reparar vítimas, onde a ação ou omissão de outrem ocasiona danos, pela perda da chance. Na presente pesquisa, restou demonstrado a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance por abandono afetivo em determinados casos fáticos. Desse modo, verificada a possibilidade da aplicação da teoria na seara familiar e em casos de abandono afetivo, deverá certificar que a chance perdida é séria e real, observando os pressupostos da responsabilidade civil e o *quantum* indenizatório a ser fixado, conforme as peculiaridades do caso concreto.

Palavras-chave: Perda Chance. Abandono afetivo. Direito de Família.

ABSTRACT

The theory of losing a chance is a new form of civil liability, which seeks to repair damages arising from the loss of a serious and real chance, because of wrongful action or omission by others. Such theory gradually becomes frequent in Brazilian courts, so there are grounds for applying this theory within the family, especially in cases of affective abandonment. The abandonment of affection is the omission of the parents in caring for and watching over their children, not in material matters, but sentimental, affective, even, involves the right to coexistence. Faced with the possible conflicts present in family relations, it was found that the theory is considered for some doctrinators a new possibility of indemnity that has the intention of repairing victims, where the action or omission of others causes damages, by the loss of chance. In the present research, the possibility of applying the theory of the loss of a chance for affective abandonment in certain phatic cases has been demonstrated. In this way, if the possibility of applying the theory in the family sector and in cases of affective abandonment is verified, it must certify that the lost chance is serious and real, observing the assumptions of civil liability and the amount of indemnity to be fixed, according to the peculiarities of the case concrete.

Keywords: Loss. Chance. Emotional abandonment. Family right.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA SOBRE A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE .	11
3 ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE DIREITO DE FAMÍLIA	14
3.1 A Constitucionalização do Direito de Família	15
3.2 Princípios Constitucionais Norteadores do Direito de Família	17
3.2.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	17
3.2.2 O Princípio da Afetividade	19
3.2.3 O Princípio da Paternidade Responsável	21
3.2.4 O Princípio da Solidariedade Familiar	23
3.2.5 O Princípio da Proteção Integral a Crianças, Adolescentes e Jovens .	24
3.3 Leis Secundárias	26
3.3.1 Código Civil	26
3.3.2 Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)	27
4 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	29
4.1 A Responsabilidade Civil	29
4.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil	30
4.2.1 Conduta	31
4.2.2 Nexo Causal	32
4.2.3 Dano	34
5 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	37
5.1 Conceito	37
5.2 A utilização da teoria da perda da chance no Direito Brasileiro	39
6 O ABANDONO AFETIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS	43
6.1 Conceito.....	43
6.2 Poder Familiar	44
6.3 Guarda	46
6.4 Dever de Visita	47
7 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE EM CASOS DE ABANDONO AFETIVO	49
7.1 A Jurisprudência brasileira acerca do tema	55
8 CONCLUSÃO	63

REFERÊNCIAS	65
--------------------------	-----------

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho vai abordar a possibilidade de aplicação da teoria da perda da chance em casos de abandono afetivo. Diante da análise das características da teoria da perda de uma chance, vê-se a possibilidade de sua aplicação no âmbito do direito de família, reconhecendo os atos ilícitos que ocasionam a perda de chances futuras, sérias e reais.

O primeiro capítulo irá apresentar os aspectos históricos da teoria da perda de uma chance, procurando abordar seus principais pontos, com o intuito de entender suas evoluções e seus modos de aplicação, para haver o melhor entendimento de sua aplicação atualmente.

Outra questão que merece destaque é a constitucionalização do direito de família, tema que será abordado no segundo capítulo do trabalho. Tal constitucionalização proporcionou ao afeto uma imensa importância para as relações familiares, extinguindo o antigo conceito de que o patrimônio prevalece sobre a família.

Além disso, é necessária a análise dos princípios norteadores do direito de família, inclusive, as leis infraconstitucionais como o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo, um importante ponto de partida para a discussão do assunto, visto que, o abandono afetivo fere vários direitos da criança e do adolescente.

Posteriormente, no terceiro capítulo serão realizadas breves explicações acerca do instituto da responsabilidade civil, procurando analisar cada pressuposto do instituto mencionado para viabilizar o posterior entendimento sobre a teoria da perda de uma chance.

Por conseguinte, o quarto capítulo discorre sobre o conceito da teoria da perda de uma chance e os principais pontos para sua caracterização, inclusive, haverá demonstração de alguns exemplos onde houve a sua aplicação no direito brasileiro.

No quinto capítulo, depois de realizado o estudo sobre a teoria da perda de uma chance, é necessário analisar o abandono afetivo para melhor entendimento do tema principal, procurando conceituá-lo e demonstrar as consequências que poderão advir caso seja caracterizado.

Por fim, o sexto capítulo versa sobre a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance em casos de abandono afetivo no ordenamento jurídico brasileiro, consistindo em uma análise das posições doutrinárias acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance, utilizando para fundamentação doutrinas e jurisprudências, a fim de demonstrar a possibilidade de aplicação da teoria. Após, será demonstrado o estudo jurisprudencial realizado sobre o tema nos tribunais brasileiros.

Assim, o presente trabalho visa abordar a teoria da perda da chance em casos de abandono afetivo, demonstrando os aspectos favoráveis e contrários à sua aplicação no âmbito das relações familiares, com a finalidade de gerar reflexões sobre situações que foram analisadas no trabalho e estão presentes em várias famílias brasileiras.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA SOBRE A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance iniciou-se através de um estudo realizado por Giovanni Pacchioni na Itália, em 1940, em que utilizou-se de exemplos de responsabilidade civil pela perda de uma chance mencionados por doutrinadores franceses, indagando-se o que poderia ocorrer quando alguém agindo culposamente gerasse a perda de uma possibilidade de lucro. A teoria também foi amplamente estudada e aplicada pelos franceses em seu ordenamento jurídico.

Diante da análise da teoria, concluiu-se que as situações seriam desagradáveis, no entanto, eram incapazes de causar um dano material, tendo em vista, não possuir um valor concreto, efetivo.

Posteriormente em 1966, Adriano de Cupis, reconheceu a responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito italiano, nos mesmos exemplos utilizados por Pacchioni, onde relacionou a teoria aos danos emergentes, afastando as incertezas do dano.

Cumprido ressaltar para melhor entendimento, um dos exemplos utilizados para estudo, segundo Sérgio Savi (2009): “um jóquei que deverá montar um cavalo de corrida que lhe foi entregue pelo proprietário não chega, por sua culpa exclusiva, a tempo de participar do Grande Prêmio”. Nesse sentido, Adriano diz que o jóquei não deve receber o valor que o vencedor da corrida recebeu, pois, no exemplo mencionado ele não tinha a certeza de iria vencer a competição.

Contudo, o autor reconhece que não há como negar a perda da possibilidade em participar da competição, passando a existir um dano jurídico passível de indenização.

Assim, diante da perda de uma chance de vitória, extingue as dúvidas relacionadas ao dano e o nexo causal entre o ato danoso do agente e o dano, pois, a atitude do proprietário faz com que o jóquei não participe da competição, perdendo a chance de vitória.

Adriano De Cupis, ainda afirma que nem todos os casos caracterizados como perda de uma chance são passíveis de indenização, além disso, a chance de uma vitória sempre será menor, sendo calculada conforme as probabilidades da chance de uma vitória, assim, influenciará o valor indenizatório. Vê-se, que houve certa limitação a chances sérias e reais.

Nessa perspectiva, em 1976 Maurizio Bocchiola fez um importante artigo acerca da responsabilidade civil pela perda de uma chance, fixando inúmeros conceitos importantes para o tema.

Para Bocchiola, houve a conclusão de que em todos os exemplos anteriormente analisados por Pacchioni e De Cupis, a chance aparece como a inocorrência de um evento favorável, em que tal evento poderia ocorrer, no entanto, o seu acontecimento não é possível ser demonstrado.

O grande problema constatado por Bocchiola é se poderia haver dano certo e ressarcível, mesmo havendo impossibilidade de determinar o resultado dos eventos que foram perdidos por perda da chance.

Inicialmente, a resposta para esse problema seria negativa, considerando o contexto aleatório e incerto, contudo, no direito a prova da certeza deve ser dentro do parâmetro da verossimilhança.

Por outro lado, o autor mencionado, fez duas importantes diferenciações entre perda da chance e lucros cessantes. A perda da chance é oriunda de uma violação ao interesse de fato, ao passo que lucros cessantes surgem de uma violação a um direito subjetivo.

Contudo, Bocchiola após o estudo conceitual dos termos, entendeu que a qualificação do interesse violado não é segura, além disso, a diferenciação não tem relevância para a prática, porque, nos dois termos há indenização por danos morais. Sendo assim, o fator mais certo para diferenciá-los é o da certeza do dano.

Dessa maneira, o autor deve fazer a prova constitutiva do seu direito, comprovar que realmente sofreu um dano passível de indenização. No entanto, o dano oriundo da perda de uma chance é mais difícil de ser comprovado, tendo em vista, o seu caráter incerto e imprevisível. Nessa linha de raciocínio, Bacchiola chegou à mesma conclusão de De Cupis, em que a perda de uma chance não poderá ser indenizada da mesma maneira que os lucros cessantes.

Na época da publicação do artigo de Bacchiola, em 1976, admitia a aplicação da teoria da perda da chance apenas nos casos de alimentos, somente, em 1983 foi julgado um caso no qual se aplicava a teoria da perda de uma chance em hipótese diferente.

O caso ocorrera, porque, uma empresa convocou alguns trabalhadores para participarem de um processo seletivo para a contratação de funcionários, porém,

após a realização de diversos exames, alguns candidatos foram impedidos de realizar as provas posteriores necessárias a conclusão do processo admissional.

O caso é considerado pela doutrina como o primeiro a admitir essa modalidade de responsabilidade civil, sendo inclusive, a sentença de primeiro grau confirmada pela *Corte di Cassazione*, reconhecendo a perda da chance de conseguir um emprego, em razão da não realização das demais provas.

Outro autor que contribuiu para o estudo da responsabilidade civil pela perda da chance foi Piero Calamandrei, através do uso de estatísticas e estudo das probabilidades, permitindo constatar se antes da perda da chance havia possibilidades de a vítima sofrer algum dano patrimonial.

No entanto, Calamandrei afirma que deverá ser analisado cada caso concreto, e que nem todos os casos serão caracterizados como dano material relacionado à perda da chance. Além do fato, de que a aplicação da teoria deve ser limitada, não é qualquer perda da chance que será passível de indenização.

O conjunto probatório deverá demonstrar que a possibilidade de alcançar determinada vantagem, era acima de cinquenta por cento, pois, considerando um percentual favorável superior ao desfavorável, têm-se razões para prevalecer a estatística maior de cinquenta por cento.

Outra importante ressalva a ser realizada, é em relação ao valor da chance no momento de sua perda, posto que, é incontestável que essa chance perdida possui um valor financeiro. Sendo, portanto, essa perda de possibilidade oriundo da chance perdida passível de indenização, independentemente do resultado final.

Desse modo, a perda de uma chance passou por mudanças consideráveis no direito italiano, passando a reconhecer a possibilidade de indenização de uma legítima expectativa, passível de indenização.

No Brasil, os primeiros estudos aprofundados sobre a teoria da responsabilidade civil pela perda da chance foram realizados por Fernando de Noronha e Rafael Pettefi da Silva, os demais autores brasileiros realizaram breves explanações sobre o tema. Contudo, os doutrinadores aceitam a aplicação da perda de uma chance no direito brasileiro.

3 ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE DIREITO DE FAMÍLIA

Família é o agrupamento humano mais antigo que o indivíduo tenha participado. A organização desse agrupamento era realizada em comunidades, tendo em vista, a relação de parentesco com o ascendente em comum ou devido ao matrimônio, assim, todos os indivíduos participantes daquela entidade familiar possuíam obrigações entre si.

Devido ao aumento dessas comunidades, surgiram as tribos para melhor organização de seus participantes que eram compostos por descendentes. Vê-se, que essas comunidades foram unidas por meio do parentesco sanguíneo, surgindo a expressão família.

Com o passar dos anos e o constante crescimento populacional, deve destacar-se o direito romano, onde a família era formada através do casamento religioso, sendo constituída por pai, mãe e filhos. Cumpre destacar o quanto a família nessa época era patriarcal, posto que, o pai exercia poder sobre a esposa, os filhos e os escravos.

Além disso, houve influência religiosa para transformar o casamento em uma sociedade indissolúvel e única formadora de entidade familiar. Nesse sentido, havendo afeto ou não entre o casal, não havia possibilidade de dissolver o casamento.

No Brasil, devido à colonização Portuguesa, persistiu esse padrão de organização familiar, onde a família era formada quando consumado o casamento.

No entanto, tal padrão foi mantido somente até 1.861, quando houve o reconhecimento do casamento civil, havendo exclusão dessa influência religiosa e permitindo a possibilidade de formação de uma família a qualquer pessoa, de qualquer religião, não apenas católicos.

Em 1890, foi promulgado o decreto nº 181, de autoria de Ruy Barbosa, sendo relativizado o critério indissolúvel do casamento, permitindo a separação de corpos. O decreto mencionado vigorou somente até a promulgação da Lei nº 3.071 de 1916.

O Código Civil de 1916 manteve o patriarcalismo e o casamento como a única maneira de formação de família, além disso, havia uma diferenciação entre o reconhecimento de filhos fora do casamento, o que dificultava o instituto da adoção.

Destaca-se, que a primeira constituição a conceder uma proteção à família foi a de 1934, onde surgiu para o Estado o dever de proteger essas entidades

familiares. Porém, essa proteção não influenciou as normas do Código Civil de 1916, pois a única inovação legal gerada por tal constituição foi o reconhecimento do casamento religioso com efeitos civis, desde que haja habilitação do casal perante a autoridade competente.

Com a Constituição de 1946 e 1967, as normas permaneceram no mesmo sentido, conservando o disposto sobre o casamento na constituição de 1934.

A mudança mais relevante surgiu da emenda constitucional nº 9 de 1977, onde extinguiu o casamento indissolúvel, instituindo o divórcio no direito brasileiro proporcionando nova redação ao §1º, artigo 175 da Constituição de 1967, desde que comprovada em juízo a separação de fato do casal.¹

No próximo tópico, o tema abordado será a constitucionalização do direito de família na Constituição da República de 1988, onde proporcionou uma nova perspectiva para o direito de família e para as famílias brasileiras, aglomerando valores e princípios concernentes aos direitos fundamentais.

3.1 A Constitucionalização do Direito de Família

Com a influência lógica iluminista e a Constituição de 1824, o primeiro Código Civil Brasileiro foi promulgado e sancionado em janeiro 1916. A lei infraconstitucional previa regras que englobassem o âmbito privado dos indivíduos, visando reger as inúmeras relações pertinentes a eles.

Ressalta-se, que ao elaborar a lei supracitada o legislador não estava preocupado com o indivíduo, mas com as relações concernentes ao patrimônio privado e os contratos estabelecidos entre as partes. Vê-se, que houve reflexos de uma ideologia liberal, que visava exaltar o patriarcalismo e proteger os altos padrões sociais daquela época.

Com o declínio dos ideais liberais e a instituição do Estado Social, houve a implantação de preceitos sociais, cuja finalidade é melhorar as condições de vida do cidadão e corrigir as desigualdades sociais. Nesse contexto, os legisladores ao elaborarem constituições, passaram a se preocupar com uma interpretação mais ampla e maleável dos princípios de direito privado.

¹ Art. 175. § 1º O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

Diante da promulgação da Constituição da República de 1988, houve inúmeras mudanças, inclusive prevalecendo os interesses coletivos sobre os interesses individuais. À frente disso, ocorreu uma constitucionalização dos direitos privados, onde a CR/88 passou a ser a norma supralegal do ordenamento jurídico brasileiro, em que todas as normas infraconstitucionais devem respeitar os princípios e preceitos constitucionais nela estabelecidos.

Nesse sentido a doutrinadora Maria Berenice Dias explana:

“O Direito Civil constitucionalizou-se, afastando-se da concepção individualista, tradicional e conservadora etilista da época das codificações do século passado. Em face da nova tábua de valores da Constituição Federal, ocorreu a universalização e a humanização do direito das famílias, que acabou por provocar um câmbio de paradigmas.” (DIAS, 2016, p. 40).

Assim, tendo em vista a vinculação de todas as normas jurídicas brasileiras à Carta Magna, verifica-se o surgimento de normas que regem as relações familiares, uma vez que, a Constituição da República de 1988 destinou proteção às famílias em seu artigo 226, sendo um dever do Estado zelar pela base da sociedade.

Além do mais, é importante ressaltar a amplitude do conceito de família proporcionada pela Constituição da República de 1988.

As leis elaboradas durante o século XIX apresentavam muita influência da Revolução Francesa, uma vez que, a família era tratada como uma sociedade de produção de patrimônio, o que impossibilitava o divórcio do casal, sendo irrelevantes os sentimentos daquelas pessoas. Ademais, havia a distinção de filhos legítimos e ilegítimos, em que excluía direitos com o intuito de preservar a família patrimonialista, instituída pelo Código Civil de 1916.

Assim, uma das principais mudanças oriundas da Constituição da República de 1988, com certeza, foi o amplo conceito estabelecido à família, tornando-se todos os membros iguais, inclusive, a igualdade dos filhos havidos fora do casamento ou filhos adotivos. Também estendeu proteção à família constituída pela união estável e às relações monoparentais, não devendo ser necessariamente um par para que seja formada uma família.

Nesse contexto Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Faria expõem que:

“[...] o conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sócio-psico-afetivos,

com intenção de estabelecer, eticamente o desenvolvimento da personalidade de cada um.” (FARIAS; ROSENVALD; 2014, p. 41).

Assim, percebe-se que a família progrediu para uma percepção socioafetiva o que ocasiona o surgimento de novos arranjos familiares, e conseqüentemente, a mutabilidade das leis para amoldarem aos novos costumes sociais.

3.2 Princípios Constitucionais Norteadores do Direito de Família

Inicialmente, cumpre ressaltar, que o marco inicial para o surgimento dos inúmeros princípios constitucionais foi a constitucionalização do direito de família, pois, conforme o exposto no capítulo anterior, os legisladores das normas constitucionais revogadas não se interessavam pela proteção dos direitos individuais do ser humano.

Assim, com a Constituição da República de 1988 surgiram vários princípios com alicerce normativo, uma vez que, estes se sobrepõem a todas as normas infraconstitucionais do direito brasileiro, devendo, inclusive serem interpretadas e elaboradas em consonância aos termos estabelecidos na Lei Maior.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2016), os princípios são mandamentos nucleares de um sistema. No entanto, cabe realizar a diferenciação entre os princípios constitucionais e os princípios gerais de direito.

Pode-se dizer que os princípios constitucionais são bases para a interpretação de qualquer texto legal, sempre prevalecerão sobre os princípios gerais de direito, porque são oriundos da Lei Maior, sendo assim, deverão sempre ser invocados e respeitados. Já os princípios gerais de direito são implícitos e devem ser utilizados quando existem lacunas legais.

Realizadas essas considerações, cumpre registrar que alguns princípios gerais são abordados em diversos ramos do direito, com isso, sempre deverão ser respeitados diante da realização de hermenêutica jurídica.

3.2.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição da República de 1988 dispõe em seu artigo 1º, inciso III, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, trazendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, com o intuito de garantir

aos indivíduos direitos fundamentais para a preservação de uma vida digna e valorizar a existência da pessoa.²

Com isso, tem-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio geral de direito, composto por um conjunto de direitos fundamentais inerentes ao homem, dispersos no texto constitucional, como por exemplo, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, inviolabilidade de domicílio e do sigilo de correspondência.

A doutrinadora Flávia Piovesan apresenta em sua obra a importância do princípio da dignidade da pessoa humana:

“Sustenta-se que é no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio, a orientar tanto o Direito Internacional como o Direito interno.” (PIOVESAN, 2013, p.89)

Ainda afirma que tal princípio deve ser respeitado inclusive na órbita do direito internacional, tendo em vista, a sua relevância como superprincípio constitucional:

“Assim, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido”. (PIOVESAN, 2013, p. 89)

Vê-se, que o princípio em estudo é o alicerce da Constituição da República de 1988 e de todo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, visa proteger o ser humano de todo ato degradante e desumano, fazendo prevalecer os direitos garantidos ao indivíduo no artigo 5º da Carta Magna.

Nesse âmbito, Rodrigo da Cunha Pereira expõe que a dignidade da pessoa humana “é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade. São, portanto uma coleção de princípios éticos.”. (PEREIRA, 2004, f. 68)

² 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.

No mesmo sentido, Maria Berenice (2016) diz que a dignidade da pessoa humana é “o princípio maior, o **mais universal de todos** os princípios.”.

Além disso, a jurisprudência do Superior Tribunal Federal é no mesmo contexto que o exposto pelos doutrinadores citados, ressaltando a importância que tal princípio é para o ordenamento jurídico brasileiro, veja:

“A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004.”. (HC 95464 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 09/09/2008, publicado em DJe-174 DIVULG 15/09/2008 PUBLIC 16/09/2008)

Assim, considerando o analisado acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, percebe-se o liame existente entre o princípio em estudo e o direito de família, nos dizeres de Maria Berenice Dias:

“A dignidade da pessoa humana encontra na **família** o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideias pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.” (DIAS, 2016, p. 48)

Desse modo, compreende-se que o disposto nas Constituições anteriores à de 1988, em que diferenciava os filhos legítimos e ilegítimos, por exemplo, conferia um tratamento indigno às pessoas, o que foi alterado com a promulgação da Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, o princípio da dignidade humana significa para o direito de família igual dignidade para todos os arranjos familiares, não devendo haver tratamento diferenciado entre os filhos, independentemente de suas origens ou entre as diferentes entidades familiares.

3.2.2 O Princípio da Afetividade

Partindo do que foi apresentado acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, viu-se que desde a promulgação da Constituição da República em 1988, houve inúmeras transformações importantes, inclusive, relacionadas ao direito de família.

Diante dessas mudanças, desapareceu a premissa de que o patrimônio estaria em primeiro lugar, onde passou o afeto a ser a ligação nas relações familiares, o que mantém o núcleo familiar e valoriza cada membro de cada família. Nesse sentido, os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal se pronunciaram:

“A transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética e na solidariedade. E nesse novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem”. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.62)

Nessa perspectiva, Rodrigo Pereira da Cunha diz que:

“[...] A família é o lugar privilegiado de realização da pessoa, pois é o *locus* onde ela inicia seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vive as primeiras lições de cidadania e uma experiência pioneira de inclusão no laço familiar, a qual se reportará, mais tarde, para os laços sociais.”. (CUNHA, 2004, f. 129)

Destarte, na mesma linha de pensamento Paulo Luiz Netto Lôbo, ainda salientou a característica de cunho implícito do princípio da afetividade:

“Projetou-se, no campo jurídico constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas. A Constituição abriga princípios implícitos que decorrem naturalmente de seu sistema, incluindo-se no controle da constitucionalidade das leis.”.

Assim, verifica-se a importância do princípio da afetividade para o direito de família, pois, o afeto apesar de não estar expressamente citado na Constituição da República de 1988, é essencial para qualquer entidade familiar.

Por outro lado, nos dizeres de Sérgio Resende de Barros não é qualquer afeto em si que caracteriza a formação de uma entidade familiar:

“o que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: é o **afeto conjugal**. Mais conveniente seria chamá-lo **afeto familiar** [...]”.

Assim, percebe-se que o princípio da afetividade é norteador do direito de família, sendo elemento intrínseco nas relações familiares.

Baseado no princípio em estudo a Lei nº 11.924/09 inseriu o §8º, no artigo 57 da Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), em que autoriza o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta, desde que requerido judicialmente. Da mesma maneira, a Lei nº 12.398/11 estendeu a qualquer dos avós paternos ou maternos o direito de visita aos netos.³

Além disso, cumpre destacar o reconhecimento da união estável como entidade familiar, consoante o disposto no artigo 1.723 do Código Civil, inclusive, a entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo, onde o STF através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 considerou que o artigo citado deve ser interpretado nos termos da Constituição da República de 1988, excluindo qualquer termo que obsta o reconhecimento da união estável.⁴

Nesse âmbito, nota-se perfeitamente o quanto o afeto tornou-se reconhecido no ordenamento jurídico, compreendendo-se o enlace afetivo entre os membros de determinada família como elemento essencial para a formação do núcleo familiar.

3.2.3 O Princípio da Paternidade Responsável

³ Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família. (Incluído pela Lei nº 11.924, de 2009)

⁴ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

O princípio constitucional da paternidade responsável encontra-se expresso na Constituição da República de 1988 em seu artigo 226, §7º.⁵ Com isso, tem-se que tal princípio é base para o planejamento familiar, uma vez que os pais devem fornecer aos filhos, educação, saúde, cuidado, alimentação, lazer e afeto.

Nesse âmbito, Sílvio de Salvo Venosa expõe que:

“Cabe aos pais, primordialmente, dirigir a criação e educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência. Compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade. A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. [...] Entre as responsabilidades de criação, temos que lembrar que cumpre também aos pais fornecer meios para tratamentos médicos que se fizerem necessários. Sob certas condições o abandono afetivo e intelectual pode acarretar responsabilidade civil que deságua numa indenização. [...]” (VENOSA, 2010, p. 310)

De outra forma, a doutrinadora Maria Berenice Dias afirma que além da responsabilidade que os pais possuem para com os filhos, também cabe ao Estado efetivar a aplicação do princípio da paternidade responsável em cada caso concreto:

“É preciso dar efetividade ao princípio da paternidade responsável que a Constituição procurou realçar quando elegeu como prioridade absoluta a proteção integral a crianças e adolescentes (CF, art. 227), delegando não só à família, mas também à sociedade e ao próprio Estado, o compromisso pela formação do cidadão de amanhã. Esse compromisso é também do Poder Judiciário, que não pode simplesmente desonerar o genitor de todos os encargos decorrentes do poder familiar e, na ação investigatória de paternidade, responsabilizá-lo exclusivamente a partir da citação.”

Assim, conforme o disposto no artigo 226, §7º da Constituição da República de 1988, independentemente, de o planejamento familiar ser de livre decisão do casal, o Estado tem o dever de disponibilizar meios educacionais para os filhos, já que a família é base da sociedade, deve ser protegida.

Desse modo, tanto o pai, quanto a mãe, possui a responsabilidade de cuidar de sua prole, fornecendo assistência moral, física, afetiva e intelectual, além disso, ao mesmo tempo garante a proteção de direitos fundamentais de seus filhos, como o direito à vida, à educação e à filiação, por exemplo.

⁵ 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.

Observa-se a relevância desse princípio, visto que possui o intuito de assegurar um desenvolvimento e manutenção saudável da entidade familiar.

3.2.4. O Princípio da Solidariedade Familiar

O princípio da solidariedade familiar é um preceito constitucional, presente no preâmbulo da Constituição da República de 1988 em que garante uma sociedade fraterna, procurando a formação de uma sociedade livre, justa e igualitária.⁶

Maria Berenice Dias (2016) diz que a “solidariedade é o que cada um deve ao outro”, sendo tal princípio originado dos vínculos afetivos, dispondo de “acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade.”.

O autor Paulo Lôbo afirma que:

“O princípio da solidariedade incide permanentemente sobre a família, impondo deveres a ela enquanto ente coletivo e a cada um de seus membros, individualmente. Ao mesmo tempo, estabelece diretriz ao legislador, para que o densifique nas normas infraconstitucionais e para que estas não o violem; ao julgador, para que interprete as normas jurídicas e solucione os conflitos familiares tendo em vista as interferências humanas que encerram, sem a dura escolha do tudo ou nada.”

Desta forma, vê-se que o princípio em estudo produz deveres mútuos entre os integrantes de uma família e também ao legislador e ao julgador, pode-se citar como exemplo, a obrigação alimentar estabelecida no artigo 1.694 do Código Civil, onde os parentes, os cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros os alimentos que necessitarem.⁷

Além disso, cumpre destacar o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, insere o princípio da solidariedade familiar como um princípio a ser

⁶ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

⁷ Art. 1.694. 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.

respeitado.⁸ No entanto, além de ressaltar a família como seguradora de efetivação de direitos, fornece também uma dimensão mais externa, em que é necessário o respeito e cooperação entre as relações familiares e o meio em que vive, ou seja, a sociedade.

Assim, resta claro a importância da constitucionalização desse princípio para as relações familiares, em que cada membro de uma família tem o dever de auxiliar o próximo.

3.2.5 O Princípio da Proteção Integral a Crianças, Adolescentes e Jovens

O princípio da proteção integral a crianças, adolescentes e jovens encontra-se amparado pelo artigo 227 da Constituição da República de 1988, fornecendo às crianças e adolescentes tratamento diferenciado.⁹

Nesse sentido, é oportuno transcrever alguns parágrafos do preâmbulo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança que foi ratificada pelo Brasil em 1990, sendo promulgada através do Decreto Presidencial nº 99.710/90, onde reconhece a importância de uma proteção especial às crianças e adolescentes:

“Recordando que, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Organização das Nações Unidas proclamou que a infância tem direito a uma ajuda e assistência especiais; Convictos de que a família, elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e a assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade; Reconhecendo que a criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão; Considerando que importa preparar plenamente a criança para viver uma vida individual na sociedade e ser educada no espírito dos ideais proclamados na Carta das Nações Unidas e, em particular, num espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade;”

⁸ 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.

⁹ 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.

Nessa perspectiva, Maria Berenice Dias explana que diante da vulnerabilidade que estão sujeitas as crianças e adolescentes, vê-se o quanto é importante às crianças e adolescentes possuírem certa prioridade e proteção:

“A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí ser consagrado a crianças, adolescentes e jovens, com prioridade absoluta, 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. Também são colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF 227).” (DIAS, 2016, p. 53)

Assim, diante da vulnerabilidade dos indivíduos menores de dezoito anos, o Estatuto da Criança e do Adolescente torna-se outra relevante ferramenta de proteção aos direitos fundamentais dispostos no artigo supracitado, além de estabelecer normas que buscam efetivar os interesses e direitos desses sujeitos.

Nesse contexto, também deve ser observado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, devendo proteger ao máximo aqueles que encontram-se em situação de fragilidade.

Com relação ao conceito do princípio citado, tem-se certa relativização, uma vez que sua aplicação vai depender do caso concreto, Maria Berenice Dias sustenta que:

“Em face da garantia à convivência familiar, há toda uma tendência de buscar o fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção de crianças e adolescentes no seio da família natural. Porém, no mais das vezes, melhor atende aos seus interesses a destituição do poder familiar e sua entrega à adoção. Deve prevalecer o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral. Mas, infelizmente tais valores nem sempre são preservados pela família biológica ou extensa. Daí a necessidade de intervenção do Estado, colocando-os a salvo junto a famílias substitutas.[...]” (DIAS, 2016, p.53)

Nessa percepção, nota-se que o Estado intervém em último caso, quando não há mais estruturas de permanência do poder familiar, devendo a criança ser entregue a uma família substituta, por exemplo. Frisa-se, decisões como a citada exemplificativamente, sempre deverão respeitar os direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes.

Afinal, o princípio da proteção integral é determinante para a proteção e formação das crianças e adolescentes, pois, influencia as relações paterno-filiais, a relação familiar e as relações na sociedade e no Estado.

3.3 Leis Secundárias

Depois de expor acerca das mudanças relacionadas ao novo conceito de família, trazidas pela promulgação da Constituição da República de 1988, deve-se realizar um estudo das consequências dessas modificações nas legislações infraconstitucionais.

Dessa forma, é necessário ser feita uma análise da Lei nº 10.406/02, que instituiu o Código Civil e a Lei nº 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.3.1 Código Civil

Considerando as inovações trazidas pela Constituição da República de 1988, viu-se, necessário modificar a legislação infraconstitucional, eliminando o aspecto patrimonialista e trazendo para as relações familiares novos conceitos relacionados aos diferentes arranjos familiares, a valorização do afeto entre os familiares e dos próprios membros da família.

Conforme já falado anteriormente, o código civil de 1916 valorizava questões patrimonialistas em que mantinham o caráter indissolúvel do casamento como uma sociedade, em busca de junção de patrimônio entre as famílias do casal. Além disso, havia a distinção de filhos legítimos, ilegítimos e adotivos, igualmente, os filhos que nasceram de um adultério não possuíam o direito de reconhecimento da paternidade.

Com o advento da Constituição da República de 1988 e seus novos valores mais humanistas e universais, geraram uma grande evolução no direito de família, excluindo alguns conceitos e expressões discriminantes e preconceituosas.

Os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014) afirmam que as inovações constitucionais, fizeram com que o direito de família estivesse mais presente no meio familiar, disciplinando as relações familiares, independentemente da origem dessa entidade familiar, vejamos:

[...] assume o papel de setor do Direito Privado que disciplina as relações que se formam na esfera da *vida familiar*, enquanto conceito amplo, não limitado pelo balizamento nupcial. Tais relações que se concretizam na *vida familiar* podem ter origem no casamento, na união estável, na família monoparental (comunidade de ascendentes e descendentes) e em outros

núcleos fundados no afeto e na solidariedade.” (FARIAS; ROSENVALD. 2014. p. 44)

Já Maria Berenice (2016) também evidencia a expansão do conceito de família ao reconhecer a união estável como entidade familiar, inclusive, as relações monoparentais como mãe e filhos, pai e filhos. A autora ainda ressalta que a Constituição da República de 1988, extinguiu a obrigatoriedade de haver um par para haver a formação de uma família, conseqüentemente, eliminando a finalidade procriativa.

Da mesma forma, extrai-se do artigo 1.596 do Código Civil de 2002 a equiparação de filhos biológicos e adotivos.¹⁰ Pode-se destacar também a substituição da expressão “pátrio poder” passando a ser denominada “poder familiar”, extinguindo a implicação de figura patriarcal, onde o pai é quem exercia predominantemente poder sobre seus filhos menores. Além disso, o poder familiar concede a todos os membros família deveres e direitos recíprocos, conforme se aufere dos artigos 1.630 e seguintes do Código Civil de 2002.

Percebe-se que a Lei 10.406/02 expandiu o vínculo consanguíneo conservado na lei anterior, reconhecendo conjuntamente o afeto como parâmetro para composição do núcleo familiar.

3.3.2 Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

A Constituição da República de 1988 assegura em seu artigo 227 que a criança e o adolescente possuem um tratamento especial, contudo, somente em 13 de julho de 1990 foi sancionada a lei que dispõe acerca do Estatuto da Criança e do Adolescente, ratificando o disposto no texto constitucional.

O estatuto possui como objetivo garantir a proteção integral das crianças e dos adolescentes e que todos eles usufruem de seus direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Nesse seguimento, Maria Berenice Dias (2016) diz que o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma ferramenta utilizada a fim de concretizar esses direitos e garantias:

¹⁰ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

“As formas de implementar todo esse leque de direitos e garantias, está no Estatuto da Criança e do Adolescente (L 8.069/1990): microssistema com normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, que reconhece crianças e adolescentes como sujeitos de direito. O ECA rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzi-los a maioridade de forma responsável, como sujeito da própria vida, para que possam gozar de forma plena de seus direitos fundamentais.” (DIAS, 2016, p. 53)

Assim, convém ressaltar o artigo 5º da Lei 8.069/90, tendo em vista a vulnerabilidade das crianças e adolescentes que são propensos, tal artigo dispõe acerca da punição para quem de qualquer modo desrespeitar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes.¹¹

Ademais, baseado no princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura o direito à convivência familiar, destacando que somente em situações excepcionais a criança ou adolescente será criada no seio de uma família substituta.

Vê-se, que a legislação secundária legitimou em seu texto o princípio da afetividade, da dignidade da pessoa humana, da proteção integral da criança e do adolescente, o melhor interesse, sendo princípios fundamentais para manter as relações familiares e sociais saudáveis.

No próximo capítulo serão abordadas breves considerações acerca do instituto da responsabilidade civil, estudo importante para introduzir a discussão concernente ao tema objeto da monografia, além de possibilitar a compreensão da reparação civil diante da aplicação da teoria da perda de uma chance em casos de abandono afetivo.

¹¹ Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

4. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Realizado o estudo do aspecto histórico sobre o direito de família, far-se-á necessário uma breve análise acerca da responsabilidade civil, para que viabilize posteriormente um claro estudo sobre a responsabilidade civil pela perda da chance e sua aplicação.

4.1 A Responsabilidade Civil

O conceito de responsabilidade civil é recente, sendo que somente a partir do século XIX iniciaram-se discussões a fim de conceituar tal instituto, no entanto, sempre possuiu a ideia de obrigação.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho:

“Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2)

Assim, resta claro que só há cogitação de responsabilização quando é causado um dano a outrem. No mesmo sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que:

“Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada — um dever jurídico sucessivo — de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 47)

Desse modo, pode-se dizer que a obrigação gerada pelo dano causado a terceiros, possui parâmetro no princípio *neminem laedere*, em que ninguém deve lesar o próximo.

A violação de um direito de terceiros também pode ser gerada através de uma relação jurídica preexistente, com isso, a responsabilidade civil pode ser dividida em contratual e extracontratual.

A responsabilidade civil contratual ocorre quando existe um contrato entre as partes e uma das partes torna-se inadimplente, surgindo a necessidade de indenizar. Já a responsabilidade civil extracontratual origina devido a lesão de direito subjetivo, de uma violação à norma legal, sem que exista qualquer relação contratual entre o ofensor e a vítima.

Além disso, outro aspecto diretamente ligado à responsabilidade é um dos principais pressupostos da responsabilidade civil, a culpa. Dessa forma, surge outra divisão a teoria subjetiva e a teoria objetiva.

A Teoria subjetiva possui como principal pressuposto a comprovação do dolo ou culpa do agente determinador do dano, sendo indispensável a constatação ação ou omissão; dano; nexos de causalidade entre a ação ou omissão e o dano. Já a teoria objetiva é necessária a comprovação de ação ou omissão, do dano e nexos causal, independentemente da ocorrência ou não de culpa.

Além disso, na teoria objetiva, havendo ou não a prova da culpa o indivíduo será responsabilizado, tendo em vista, a teoria do risco. Já na teoria subjetiva é imprescindível que haja provas acerca da culpabilidade do agente sendo baseada na Teoria da Culpa.

Realizadas essas breves ponderações acerca dos pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil extracontratual, no próximo tópico haverá uma análise mais aprofundada sobre o tema direcionada à teoria subjetiva.

4.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual subjetiva são oriundos de um ato ilícito praticado por um agente, ocasionando a violação de direitos de terceiro, e conseqüentemente, o dano e o dever de indenizar, nos termos do artigo 927 do Código Civil.¹² Nesse contexto, os pressupostos que serão analisados a seguir são a conduta culposa da pessoa, o nexos causal e o dano.

¹² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

4.2.1 Conduta

Para a caracterização desse pressuposto da responsabilidade civil subjetiva é necessário a prática de um ato ilícito contra outrem, essa prática é uma conduta oriunda do comportamento humano, devendo posteriormente à ação ou omissão do indivíduo verificar a ocorrência de culpa.

Nesse sentido, é importante colacionar o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho:

“Alguns autores, ao tratarem do primeiro pressupostos da responsabilidade civil extracontratual subjetiva, falam apenas da culpa. Parece-me, todavia, mais correto falar em conduta culposa, e isto porque a culpa, isolada e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. A culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana. É a conduta humana culposa, vale dizer, com as características da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo.” (CAVALIERI FILHO, 2010)

Vê-se, que a conduta é expressa através da ação ou omissão do agente, após a efetivação dessa expressão, será analisada a conduta culposa ou não da pessoa.

Destarte, a ação do agente é a prática de um ato ilícito e a omissão é quando o agente deixa de fazer alguma coisa, gerando o ato ilícito por omissão. Como exemplo da ocorrência da omissão, relacionada ao direito de família, pode-se destacar a ocorrência do abandono material, onde os pais possuem a obrigação de cuidar de sua prole, mas não a faz. Ademais, cabe ressaltar que essa omissão deve haver relevância jurídica.

A regra da responsabilidade civil é a responsabilidade direta, onde responde pelo dano aquele que exerceu o ato ilícito, porém há exceções, podendo haver responsabilização pelo ato de terceiros. Uma dessas exceções é a responsabilidade dos pais, tutores e curadores, quando os filhos menores, pupilos e curatelados são autores de atos ilícitos.

Além disso, cumpre ressaltar que para o entendimento doutrinário e jurisprudencial é necessário somente a comprovação da culpa, independentemente da existência de dolo, pois, o que pretende-se é a reparação civil da vítima.

A conduta culposa pode ser exteriorizada por meio da imprudência negligência e imperícia. A imperícia é a ausência de conhecimentos técnicos para praticar determinada função. Com relação à negligência, o indivíduo não toma as

devidas precauções necessárias para uma situação, agindo de maneira omissiva. Já a imprudência, o agente age, no entanto, é uma ação sem cautela e atenção que faz surgir efeitos diversos ao esperado.

Assim, diante o exposto sobre a conduta culposa, pode-se dizer que esse pressuposto é essencial para a caracterização da responsabilidade civil subjetiva, tendo em vista, o fator exteriorizante da vontade do agente por meio de uma ação ou omissão, que pode ser dolosa ou omissa.

A seguir, será abordado outro pressuposto da responsabilidade civil, o nexu causal.

4.2.2 Nexu Causal

O nexu causal é outro pressuposto importante para a ocorrência da responsabilidade civil subjetiva, não sendo suficiente apenas a prática de uma conduta culposa e o dano a outrem. É necessário que haja uma ligação entre a conduta culposa do indivíduo, oriunda de um ato ilícito que é o fato gerador do dano causado à vítima.

Os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto afirmam que no âmbito da responsabilidade civil o nexu causal desempenha duas funções, vejamos:

“[...] a primeira (e primordial) é a de conferir a obrigação de indenizar aquele cujo comportamento foi a causa eficiente para a produção do dano. Imputa-se juridicamente as consequências de um evento lesivo a quem os produziu (seja pela culpa ou risco, conforme a teoria que se adote). A seu turno a segunda função será a de determinar a extensão deste dano, a medida de sua reparação. Ou seja, pela relação de causalidade seremos capazes de determinar quem repara o dano e quais os efeitos danosos serão reparados.” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2016)

Vê-se, que o nexu causal é o fator determinante para a configuração do dever de indenizar, inclusive, verificar a proporção do dano e da indenização.

Com relação à codificação de tal pressuposto, o código civil apresenta apenas um artigo sobre o tema, o artigo 403 trata da possibilidade de indenização, se ocorreu o dano e se há nexu causal entre a conduta do agente e o dano.¹³ A

¹³ 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.

doutrina majoritária entende que houve a positivação da teoria da causalidade direta ou imediata nesse artigo.

Diante da complexidade na determinação do nexo de causalidade, surgiram algumas teorias que procuram facilitar a configuração do nexo causal, pode-se citar a teoria da causalidade adequada e a teoria da equivalência dos antecedentes.

A teoria da causalidade adequada, de acordo com Sérgio Cavalieri Filho é a “prevalente na órbita civil”, pois, deve-se analisar todas as condições que concorreram para o resultado, porém, prevalecerá somente a condição que mais influenciou para que o resultado fosse produzido, ignorando as demais condições.

Percebe-se que há uma diferença entre a causa e condição, pois, a causa será uma das condições com maior relevância, determinante, para a ocorrência do evento danoso. Já a condição, está relacionada aos eventos antecedentes ao evento danoso de menor importância, que serão desconsiderados.

A principal crítica à teoria é a dificuldade em estabelecer a causa adequada para a produção do resultado, devendo ser analisado cada caso concreto.

Com relação à teoria da equivalência dos antecedentes ou *conditio sine qua non*, esta não distingue causa e condição, portanto, não há que se demonstrar qual a condição mais adequada para ocorrer o dano, todas as condições que influenciaram de alguma maneira para o resultado, possuem a mesma importância.

Sérgio Cavalieri critica essa teoria afirmando que há “uma exasperação da causalidade e a uma regressão infinita do nexo causal”, ainda como exemplo, cita o caso de uma vítima de atropelamento, que no momento de verificação do nexo causal teria que considerar o motorista imprudente, o vendedor e fabricante do automóvel.

Por fim, é necessário mencionar as excludentes de responsabilidades ou do nexo causal que ocorrem em caso fortuito, força maior e fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

O fato exclusivo da vítima é excludente do nexo causal, haja vista que o comportamento da vítima é condição decisiva para o evento danoso. Dessa maneira, fica isento de responsabilidade pela ausência de nexo causal entre o agente causador do dano e o evento danoso.

Já o fato exclusivo de terceiro, exclui a responsabilidade quando ocorre o rompimento do nexo causal entre o causador do dano e o evento danoso, pois a conduta do agente é imprevisível e inevitável.

Nesse sentido, é a caracterização do caso fortuito e força maior, pois diante da ocorrência de determinado fato, os efeitos derivados dessa ação não havia como serem impedidos, são inevitáveis e imprevisíveis. O caso fortuito e a força maior estão previstos no artigo 393 do Código Civil.¹⁴

Na doutrina não há um consentimento sobre a existência ou não de diferença entre caso fortuito e força maior, alguns autores concluem que não há diferenças. Porém, há autores como Sérgio Cavalieri Filho, que defendem a existência da diferença dessas expressões:

“Estaremos em face do *caso fortuito* quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes, etc., estaremos em face da *força maior*, como o próprio nome diz.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 71)

Assim, a força maior e o caso fortuito excluem o nexos causal, porque, ocorre uma causa desconhecida à conduta do agente, que gerou o dano.

Abordado o tema sobre nexos causal, iremos expor o terceiro pressuposto necessário para a caracterização da responsabilidade civil, o dano.

4.2.3 Dano

O dano é requisito indispensável para a configuração da responsabilidade civil. O dano, em geral, pode ser considerado a lesão a um direito personalíssimo ou ao patrimônio.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho sobreleva a importância da ocorrência do evento danoso para a configuração do dever de indenizar:

“O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. A obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. O dano encontra-se no centro da regra de responsabilidade civil. O dever de reparar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77)

¹⁴ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Além disso, cumpre destacar que o Código Civil expõe sobre o tema em seu artigo 927, reafirmando a necessidade de ocorrência do dano para haver caracterização da responsabilidade civil.¹⁵

Desse modo, pode-se dizer que dano é a lesão de um bem jurídico patrimonial ou moral.

O dano patrimonial ou material ocorre quando a conduta do agente gera um dano no patrimônio da vítima. No entanto, há quem defina que o dano material além de englobar os danos patrimoniais, também envolve a diminuição ou restrição ao crescimento do patrimônio.

Assim, tendo em vista, a possibilidade de o dano material ser atingido futuramente, diante da sua diminuição ou restrição ao seu crescimento, surge a subdivisão do dano material em dano emergente e lucro cessante.

O dano emergente é o prejuízo efetivo, é a imediata redução do patrimônio da vítima oriundo de conduta ilícita. Em regra, será a diferença do valor do bem antes e depois do dano, ou seja, será tudo o que se perdeu.

Já o lucro cessante é oriundo de efeitos mediatos ou futuros que impedem lucros devido a ocorrência de ato ilícito, nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho (2012) afirma que o lucro cessante consiste “na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição do patrimônio da vítima”.

Feitas essas considerações sobre o dano material, é necessário abordar outro importante tipo de dano, o dano moral.

O dano moral encontra-se expressamente previsto no artigo 186 do Código Civil, sendo considerado uma violação de um bem ou direitos da personalidade, em sentido estrito, agressão ao princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, a indenização por dano moral não possui o intuito de dar valor à dor, mas apenas a vontade de amenizar as consequências geradas pelo dano.

Assim, cabe ao juiz analisar cada caso concreto e observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade para fixação do valor indenizatório.

Desta forma, vê-se que não é qualquer aborrecimento que enseja o dever de indenizar, é necessário a violação da dignidade da pessoa humana, sob pena de haver banalização do dano moral. Nessa perspectiva, Sérgio Cavalieri Filho expõe que:

¹⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

“Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angustias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão de fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 93)

Além disso, cumpre destacar o caráter duplo da indenização por dano moral: penal e o compensatório. O caráter penal é uma sanção imposta ao agente causador do dano e o caráter compensatório, procura diminuir o dano provocado, compensando as consequências oriundas do ato ilícito.

Ademais, é possível a cumulação das indenizações por dano moral e dano material, conforme a súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça.

5. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance é um dos principais pontos a ser abordado no presente trabalho, dessa maneira, iniciaremos seu estudo através de uma breve análise de seu conceito e posteriormente, analisando seu aspecto histórico e a aplicação dessa teoria no direito brasileiro.

5.1. Conceito

A teoria da perda de uma chance é fruto de uma construção doutrinária, considerada como uma nova categoria de dano, dentro da responsabilidade civil.

A nova vertente da responsabilidade, a teoria da perda de uma chance, compõe uma circunstância em que o exercício de um ato ilícito ou o abuso de um direito, retira a possibilidade de aquisição de algo que era aguardado pela vítima, seja um resultado positivo ou não ocorrência de um dano, gerando um dano a ser indenizado. É o que nos diz Sérgio Cavalieri Filho ao explicar tal teoria:

“A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras, é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os **oportunistas**, e não reparando as **oportunidades** perdidas.” (CAVALIERI FILHO, 2010, pág. 81)

Da mesma forma discorre Maria Berenice Dias:

“A teoria da perda de uma chance surgiu do alargamento do conceito de responsabilidade civil, para abranger não só os danos causados à pessoa humana, mas também o desaparecimento da probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro. Trata-se de modalidade autônoma de dano, que permite a reparação em decorrência da subtração da possibilidade séria e real que tinha a vítima de obter, futuramente, um benefício ou evitar ou minimizar determinada situação prejudicial a si, independentemente da certeza absoluta do resultado final.” (DIAS, 2015, pág. 98)

Observa-se que a indenização é baseada em probabilidades, ou seja, desaparecem as expectativas de um evento que permitiria um benefício futuro para a vítima.

Desse modo, vê-se que a indenização ocorrerá pela perda da possibilidade de conseguir algo e não pelos ganhos que foram perdidos. Assim, é necessário que

ao aplicar essa teoria, o legislador tenha muito cuidado, pois, nos dizeres de Sérgio Cavalieri Filho (2012) deve saber “diferenciar o improvável do quase certo” em cada caso concreto.

Essa diferenciação é uma linha tênue, que deve verificar a ocorrência ou não de uma chance real e séria, assim, nota-se que não há certeza de um resultado favorável, por isso, a teoria da chance perdida deve ser analisada sob a ótica da perda de uma possibilidade de conseguir um resultado.

Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald (2014) destacam que a perda de uma chance não deve ser confundida com lucros cessantes, uma vez que:

“o dano patrimonial é a subtração objetiva de um bem jurídico materialmente apreciável. De outra banda, a perda de uma chance é uma probabilidade suficiente e mínima de obtenção de um benefício, caso não tivesse sido subtraída uma oportunidade.” (FARIA; ROSENVALD; 2014, p. 160)

Dessa maneira, tem-se que ao inserir a chance no conceito de dano material, há a indenização da perda da chance da obtenção de um resultado, não a indenização pela perda do resultado. Assim, não há indenização pelo resultado perdido, mas pela possibilidade de alcançar um determinado resultado.

Para haver a quantificação do valor indenizatório, é necessário calcular a probabilidade de alcance do resultado, caso a vítima não houvesse perdido a possibilidade de obter o resultado. Nesse contexto, Sérgio Savi afirma que as chances sérias e reais, devem ser acima de 50% de probabilidade de adquirir a vantagem almejada.

Por outro lado, as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça ainda não possuem não são pacíficas em relação a esse critério, pois, em alguns casos, como por exemplo, o “Show do Milhão” que será exposto adiante detalhadamente, cuja probabilidade adotada foi de 25%, considerando as circunstâncias do caso concreto.

Nessa perspectiva, vê-se, que não há como negar que em determinados casos é impossível não reconhecer a existência de uma possibilidade de vitória, caso a vítima não perdesse a chance.

Depois de ter realizado uma breve explanação do conceito da responsabilidade civil pela teoria da perda da chance, agora far-se-á necessário abordar os aspectos históricos da teoria da perda de uma chance, para

aprofundarmos em seu conceito e tomar conhecimento acerca de sua aplicação no direito brasileiro.

5.2 A utilização da teoria da perda de uma chance no Direito Brasileiro

No Brasil, os primeiros estudos aprofundados sobre a teoria da responsabilidade civil pela perda da chance foram realizados por Fernando de Noronha e Rafael Pettefi da Silva, os demais autores brasileiros realizaram breves explicações sobre o tema. Contudo, os doutrinadores aceitam a aplicação da perda de uma chance no direito brasileiro.

Inicialmente, alguns doutrinadores como Agostinho Alvim e Carvalho Santos incluíram a perda de uma chance em lucros cessantes, onde a vítima deveria produzir uma prova de que sofrera um dano que inviabilizou um resultado concreto. Contudo, Agostinho Alvim acredita que a perda de um prazo por advogado para interpor recurso, não é um dano passível de indenização.

Posteriormente, em 1929, Aguiar Dias afirma que a perda de prazo do recurso pelo advogado ocasiona a perda de um direito, gerando o dever de indenizar. Porém, o autor mencionado teve dificuldades para quantificar o valor de indenização, porque também inclui a perda da chance no âmbito de lucros cessantes.

Caio Mário da Silva Pereira e Miguel Maria de Serpa Lopes também são favoráveis à aplicação da teoria, desde que haja uma probabilidade suficiente, sendo a chance perdida real e séria.

Já Sílvio de Salvo Venosa considera a perda da chance como um terceiro gênero da indenização, estaria entre o dano emergente e o lucro cessante, devendo haver grande probabilidades para ser ressarcido.

Outro importante autor que escreveu sobre o tema é Sérgio Cavalieri Filho, afirmando que há possibilidade de gerar indenizações diferentes, como dano moral e material, devendo ser resolvido conforme o caso concreto.

Vê-se, a existência de inúmeras visões acerca do tema na doutrina brasileira, mas para Rafael Pettefi da Silva a responsabilidade civil pela perda da chance encontra-se dividida de duas formas:

“A primeira embasada em um conceito específico de dano. A segunda, por outro lado, estaria respaldada no conceito de no conceito de causalidade parcial em relação ao dano final. Imperioso ressaltar que os casos da seara médica, como enfoca François Chabas, podem ser observados nas duas categorias da teoria da perda de uma chance, não se apresentando como objeto exclusivo da segunda aplicação”. (PETTEFI DA SILVA; 2001, p. 103-104)

O autor Fernando Noronha também divide a teoria da perda de uma chance em outras modalidades, como a “frustração da chance de obter uma vantagem futura”, “frustração da chance de evitar um prejuízo futuro” e “frustração de evitar um dano que aconteceu”.

Assim, percebe-se diante do exposto que a doutrina reconhece a existência de responsabilidade civil pela perda da chance, desde a chance perdida seja séria e real, passando a possuir um valor econômico e conseqüentemente, passível de indenização.

Com relação à aplicação da teoria no direito brasileiro, houve crescente aumento do reconhecimento da teoria em estudo, no entanto, a jurisprudência encontra certa dificuldade para pacificar seu conceito.

Os primeiros Tribunais de Justiça que adotaram a teoria da perda da chance foram os do Estado do Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro, incluindo também o Superior Tribunal de Justiça. Contudo, observa-se que a perda de uma chance séria e real é um motivo para aumentar o valor do dano moral, excluindo a possibilidade de haver condenação em danos materiais.

O caso mais conhecido sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance pelo Superior Tribunal de Justiça é o caso do “Show do Milhão”, julgado em 8 de novembro de 2005, pela quarta Turma. Vejamos a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (REsp 788459 / BA RECURSO ESPECIAL 2005/0172410-9. Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES. T4 - QUARTA TURMA. 08/11/2005. DJ 13.03.2006 p. 334)

O caso em análise traz a celeuma oriunda de um programa televisivo com um quadro de perguntas e respostas, que proporciona ao vencedor um prêmio no valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais). A autora da ação logrou êxito em responder as questões que lhe foram perguntadas, tendo alcançado a última pergunta.

No entanto, a pergunta formulada pelo programa não havia uma resposta correta, então, a autora desistiu de respondê-la, perdendo a possibilidade de ganhar um milhão de reais. Com isso, a requerente entendeu que os responsáveis pelo programa agiram de má-fé, porque formularam uma pergunta que não havia resposta, fazendo com que perdesse a oportunidade de receber o valor total.

O juiz entendeu que realmente não havia resposta correta para a pergunta, assim, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, indeferindo os danos morais, mas condenando a empresa ré ao pagamento da quantia de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) por danos materiais, quantia referente ao valor que receberia caso houvesse proposta uma pergunta com resposta correta e a autora acertado.

A empresa ré recorreu da decisão, sendo negado provimento ao recurso. Posteriormente, interpôs recurso especial, sendo acolhido o recurso para reduzir o valor indenizatório para 25% do valor que a recorrida deixou de ganhar, pois, em tese, não havia certeza que a recorrida iria responder corretamente a pergunta, mas, ela tinha 25% de probabilidade em respondê-la certa, tendo em vista, o fato de haver quatro alternativas.

Sérgio Savi expõe que a única crítica a ser realizada neste julgado, é com relação a chance séria e real, defendida por ele como sendo superior a 50% da possibilidade de um resultado futuro. No caso julgado pelo STJ, as chances da autora não ultrapassaram 25%, contudo, Sérgio Savi afirma que é apenas uma relação de critério adotado, sendo o acórdão elogiado como um “quase impecável”.

Noutro giro, em 2009 houve um importantíssimo julgado reconhecendo que a responsabilidade civil pela perda da chance poderá ocasionar danos morais e materiais, conforme o caso concreto. A ementa do julgado é a seguinte:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO.

SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO. - 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 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. (REsp 1079185/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 04/08/2009)

Vê-se, o reconhecimento de uma notável característica da responsabilidade civil pela perda da chance, o que não acontecia, pois, na maioria das vezes os tribunais reconheciam apenas os danos morais.

Desse modo, conclui-se que a responsabilidade civil pela perda da chance vem sendo aplicada cada vez mais, tendo como base, o princípio da reparação integral dos danos e os princípios constitucionais. Além do fato, de que a responsabilidade civil no direito brasileiro possui um amplo conceito de dano, sendo ratificado pelo código civil ao dispor sobre a indenização dos danos emergentes, que engloba a perda da chance.

No próximo tópico será analisado o abandono afetivo e as suas consequências, é um tema de importante destaque para a compreensão do principal tema abordado na presente monografia.

6. O ABANDONO AFETIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O abandono afetivo, assim como a teoria da perda de uma chance, vem se destacando no Direito de Família, pois o sentimento é o que une a família, então, cabe aos pais cuidar, educar e acompanhar a vida do filho em seu dia a dia.

No entanto, não é o que acontece na prática, geralmente o divórcio dos pais influenciam na maneira de criação do filho, pois, um deles fica com a guarda da criança e o outro constitui nova família, não provendo atenção, carinho, assistência moral, psíquica e social para o desenvolvimento de seu filho.

6.1. Conceito

O abandono afetivo consiste na omissão dos pais de cuidar dos seus filhos e auxiliarem no desenvolvimento psicológico e na personalidade da criança. Nesse sentido, a autora Maria Berenice Dias explana:

“Assim, a convivência dos filhos com os pais não é um direito, é um dever. Não há direito de visita-lo, há obrigação de viver com ele. O distanciamento entre pais e filhos, produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.” (DIAS, 2015, pág.97)

Isto posto, vê-se que o afeto tem uma relação muito unida com diversos preceitos constitucionais, como o princípio da afetividade, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade (art. 3º, I), da igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º), a adoção como escolha afetiva (art. 227, § 5º e 6º), a proteção à família monoparental, tanto fundada nos laços de sangue quanto por adoção (art. 226, § 4º), a união estável (art. 226, § 3º), a convivência familiar assegurada à criança e ao adolescente (art. 227) e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

6.2 Poder Familiar

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, extinguiu-se o poder patriarcal exercido perante as famílias, ganhando um novo tratamento igualitário ao homem e a mulher, assegurando-lhes os mesmos direitos e deveres, conforme extrai-se do artigo 226, §5º da Constituição da República de 1988.¹⁶

Assim, além da mudança no poder familiar, houve a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente que atribui aos pais deveres e obrigações para com seus filhos.

Os filhos tornaram-se sujeitos de direitos, havendo a modificação no poder familiar e, com isso, gerando encargos aos pais para proteger seus filhos. Contudo, em determinados casos o Estado deve intervir subsidiariamente no poder familiar.

Nos dizeres de Maria Berenice dias (2015), “o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas”.

Desse modo, vê-se que não é possível renunciar ao poder familiar, mas tão somente transferir o seu exercício para outrem, de preferência a pessoas da família. Os filhos menores de dezoito anos são submetidos ao poder familiar, sempre compartilhados entre os pais.

O Código Civil expõe um rol de hipóteses de obrigações dos pais para com os filhos no artigo 1634. ¹⁷Porém, os encargos e deveres dos pais não ficam somente

¹⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

¹⁷ 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.

na órbita patrimonial, os pais também devem dar amor, carinho e afeto, no entanto, o código civil é inerte sobre esse tema.

Diante dessa inércia, viu-se a necessidade de aplicação de preceitos constitucionais como a afetividade responsável gerada pela convivência familiar, unindo pais e filhos. É nesse contexto, que surge a tendência jurisprudencial em responsabilizar a mãe ou o pai pelo abandono afetivo, pois, houve o descumprimento do dever imposto aos pais.

O poder familiar pode ser suspenso ou extinto, ocorrendo quando os genitores não cumprem seus deveres para com os filhos, o objetivo dessa sanção é assegurar o interesse e a proteção dos menores de dezoito anos. Assim, a extinção do poder familiar deve ocorrer em último caso, porque tem o risco de gerar sequelas profundas ao menor, sendo preferível suspender o poder familiar e posteriormente, verificada a impossibilidade de recompor os laços de afetividade, extingui-lo.

Nesse contexto, eis a ementa de um julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sobre a destituição do poder familiar oriunda do abandono afetivo e material:

APELAÇÕES CÍVEIS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABANDONO MATERIAL E AFETIVO. NEGLIGÊNCIA. GENITORES QUE NÃO APRESENTAM CONDIÇÕES DE PROPORCIONAR A SUBSISTÊNCIA E O DESENVOLVIMENTO SAUDÁVEL DAS FILHAS. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. ART. 1.638 DO CÓDIGO CIVIL E ARTS. 22 E SEQUINTE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MÁXIMA PROTEÇÃO À CRIANÇA. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DAS MENORES. SENTENÇA MANTIDA. Comprovado que os genitores não têm condições de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar, submetendo as filhas à negligência e ao abandono material e afetivo, impõe-se a destituição do poder familiar, diante da prevalência do princípio do superior interesse das crianças. APELAÇÕES DESPROVIDAS. (Apelação Cível Nº 70077976827, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 25/07/2018)

Caso ocorra a extinção ou a suspensão do poder familiar, convém ressaltar que não há eca obrigação de fornecer alimentos aos filhos, devendo cumprir a obrigação imposta legalmente.

A suspensão do poder familiar é uma sanção mais branda, uma vez que sanados os motivos da suspensão, o juiz poderá rever a decisão para que seja recomposto o poder familiar, sempre visando o melhor interesse do menor de

dezoito anos. Pode citar como exemplo, quando os pais não exercem corretamente os deveres a eles impostos.

A extinção do poder familiar ocorre quando o filho ou os pais falecem, pela emancipação, maioridade, adoção do filho por terceiros e por causa de decisão judicial. A perda do poder familiar é determinada por decisão judicial, quando ocorre castigo imoderado, abandono, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes e reiteração de falta aos deveres ao poder familiar.

Dessa maneira, resta claro que o abandono afetivo gera a perda do poder familiar, pois, como falado anteriormente, o poder familiar não está ligado somente ao dever patrimonial, mas também relacionado ao aspecto afetivo.

6.3 Guarda

Atualmente, ambos os genitores detentores do poder familiar possuem o direito e dever de cuidar dos seus filhos. No entanto, com a possibilidade de haver a separação dos pais, houve mudanças para proteger o melhor interesse do menor.

Assim, a concessão da guarda passou a ser a melhor ferramenta de proteção ao menor e ao seu interesse. Nesse contexto, diante do divórcio dos pais a guarda poderá ser compartilhada ou unilateral.

A guarda unilateral e compartilhada é conceituada no artigo 1.583, §1º do Código Civil, sendo a guarda unilateral outorgada a um dos genitores, enquanto a guarda compartilhada ocorre quando os pais possuem responsabilidade sobre seus filhos, exercendo os dois direitos e deveres.¹⁸

A guarda compartilhada é regida pela lei 11.698/2008 podendo ser aplicada até quando não houver acordo entre os pais. Essa modalidade de guarda é a preferida pelos juízes, por ser mais conveniente aos filhos, tendo em vista a responsabilidade de ambos os pais serem divididas a tudo que possui relação aos interesses dos filhos, mesmo que os pais não vivam na mesma residência.

Dessa maneira, cabe ressaltar a importância dessa participação dos pais na vida dos filhos fazendo com que o filho se sinta mais seguro, protegido e amado,

¹⁸ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).
§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

além de influenciar no sadio desenvolvimento mental e físico da criança ou adolescente.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial é explícito quanto a participação de ambos os pais na criação de seus filhos, o que conseqüentemente viabiliza uma boa convivência familiar e fortalece os laços familiares.

Já a guarda unilateral está prevista no artigo 1.583 do Código Civil, essa modalidade de guarda ocorre quando um dos genitores possui a guarda do menor e ao não guardião é atribuído o direito de visitar e fiscalizar os cuidados que o filho recebe ou não recebe.

A decisão que determina a guarda unilateral é baseada em provas que demonstram qual dos genitores proporcionam atenção, afeto, cuidado, educação e que a criança ou adolescente conviva melhor, sempre visando o melhor interesse dos menores. Além disso, deve ser observada a idade do filho e outras condições sociais, como por exemplo, a conduta social dos genitores perante a sociedade.

A guarda unilateral é criticada devido a limitação da convivência do filho com o não guardião, porque a filho muitas das vezes pode ser o prejudicado em uma separação conjugal conturbada e sem acordo dos pais. Essa espécie de guarda é aplicada excepcionalmente, porque não visa assegurar o melhor interesse da criança ou do adolescente.

Diante o exposto, vê-se que a guarda unilateral gera um sentimento de abandono para o filho, porque querendo ou não há certo afastamento e restrição no convívio familiar, onde na maioria das vezes o filho passa a viver mais tempo com o guardião. Por outro lado, a guarda compartilhada é o principal meio de prevenção para que não ocorra o abandono afetivo, uma vez que, exige de ambos os pais o exercício de seus deveres para com seus filhos.

6.4 Dever de Visita

O instituto do direito de visita é destinado à pessoa que não possui a guarda do menor de dezoito anos, possui como objetivo proteger a convivência entre o filho e o não guardião.

A regulamentação de visitas encontra-se regulamentada no artigo 1.589 do Código Civil de 2002, dispondo sobre a discordância dos pais em relação a regulamentação de visitas e caso não haja um consenso, o genitor que está sendo

vedado a realizar as visitas ao seu filho deverá recorrer ao judiciário para regulamentá-las.

Nota-se claramente, que o principal objetivo desse instituto é assegurar o melhor interesse do menor, pois, havendo convivência entre o menor e o não guardião fortalece os laços afetivos e contribuem para o saudável desenvolvimento do filho.

Com relação à expressão “dever de visita” há divergência se tal termo é o mais correto ou não. O próprio Código Civil no artigo 1.634, II explana que “compete aos pais, quanto à pessoas dos filhos menores, tê-los em sua companhia e guarda”, vê-se que há uma atribuição de dever aos genitores em conviver com os filhos através das visitas.

Por outro lado, Maria Berenice Dias (2015) critica a expressão “dever de visita” entendendo que a os encargos oriundos do poder familiar não são limitados apenas ao direito de conviver com o filho em determinados períodos. Para a autora o termo correto é “direito de convivência”, devendo procurar maneiras para “estabelecer formas de convivência, pois não há proteção possível com a exclusão do outro genitor”.

Realizadas essas considerações pode-se dizer que o dever de visita é uma tentativa do judiciário de manter a convivência entre pais e filhos, preservando o afeto e laços familiares.

A regulamentação de visitas ocorre principalmente em casos de guarda unilateral, em que os pais possuem desavenças e há o impedimento de visitar o filho, justamente, por ainda existir situações como essa, é necessário o instituto da regulamentação de visitas.

Ainda cumpre destacar que o dever de visita é também uma obrigação do poder familiar, cujo descumprimento poderá ocasionar infração administrativa e justificar a ocorrência da destituição do poder familiar. Além disso, o não guardião deverá cumprir fielmente ao estabelecido pelo juiz, inclusive, para não frustrar as expectativas da criança que aguarda a visita do genitor e este não aparece, gerando ainda mais um sentimento de abandono, esquecimento e angústia.

Assim, o não cumprimento do dever de visitar gera o abandono afetivo, pois a ausência ou a pouca convivência dos pais com os filhos gera sentimento de abandono e insegurança, porque não há cativação do afeto, do carinho, do cuidado e do amor entre eles.

7 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE EM CASOS DE ABANDONO AFETIVO

A responsabilidade civil pela perda de uma chance em casos de abandono afetivo aos poucos vem sendo utilizada com maior frequência no ordenamento jurídico brasileiro, por se tratar de construção doutrinária, não há limitações para as normas genéricas referentes à essa vertente da responsabilidade civil.

Isso posto, a doutrina e jurisprudência assumem papéis importantes para serem fontes de auxílio para as decisões dos juízes. No que tange a responsabilidade civil oriunda do abandono afetivo, vê-se uma considerável dificuldade para realizar a constatação do ato ilícito no caso concreto, inviabilizando a caracterização da responsabilidade.

Por outro lado, vale ressaltar a possibilidade de aplicação dessa teoria nas relações familiares, pois, poderá ocorrer conduta omissiva do genitor, por exemplo, subtraindo de determinada pessoa a oportunidade de vantagens futuras, o que possibilita a aplicação da teoria.

Além disso, diante da análise do contexto histórico dessa teoria francesa já admitiu-se sua aplicação devido ao dano sexual, derivado de uma frustração do cônjuge por causa da incapacidade sexual de seu companheiro.

Contudo, tal teoria deve ser aplicada com moderação, não podendo considerar que somente a violação eventual de afeto gere o dever de indenização, o caso concreto deverá haver provas corroborando o alegado, pois, ocasionaria a patrimonialização do afeto que não possui qualidade econômica.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 757.411/MS ao afirmar que “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 (atual art. 186 do Código Civil de 2002) o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.” (REsp 757.411, Relator(a): Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/2005, publicado em DJ 27/03/2006 p. 299RB vol. 510 p. 20REVJMG vol. 175 p. 438RT vol. 849 p. 228)

Ademais, o entendimento do Tribunal do Rio Grande do Sul:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE ALIMENTOS CUMULADA COM INDENIZATÓRIA POR ABANDONO AFETIVO PELA AUSÊNCIA DO PAI. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCABIMENTO. I Cabíveis alimentos, pois,

embora maior o filho, é deficiente, necessitando do auxílio paterno. Não podendo se considerar apenas o pró-labore, e sendo variáveis os seus rendimentos, devem os alimentos ser fixados em salário mínimo. Sentença reformada no ponto. II - *O pedido de reparação por dano moral no Direito de Família exige a apuração criteriosa dos fatos e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo mero fato da vida.* RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO, PROVIDO EM PARTE O DO DEMANDADO. (Apelação Cível Nº 70078077641, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 25/07/2018)

Em contrapartida, o afeto apesar de possuir respaldo constitucional, não há como impor para determinada pessoa que ela dê afeto para alguém. Contudo, os pais adquirem obrigações jurídicas em relação aos filhos, que ultrapassam a esfera das necessidades materiais. Nesse sentido explana Maria Berenice Dias:

“[...] a convivência dos filhos com os pais não é um direito, é um dever. Não há direito de visita-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida. Por certo a decisão do STJ reconheceu o **cuidado** como valor jurídico, identificando o abandono afetivo como ilícito civil, a ensejar o dever de indenizar. A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas **sequelas psicológicas** e comprometer o seu desenvolvimento saudável.” (DIAS, 2015, pág. 101)

Apesar da impossibilidade de fazer com que alguém dê carinho, amor para alguém, existe a possibilidade de responsabilização caso os pais sejam omissos e não cumpram seus deveres legais, como por exemplo, não cumpra a obrigação do sustento dos filhos, a guarda e educação. Nesse contexto, deve ser usado como exemplo o julgamento do REsp 1.159.242, a ementa é a seguinte:

"Civil e Processual Civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/1988. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado –, importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do

mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido" (STJ, REsp 1.159.242/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrigui, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

No caso em tela, o pai não reconheceu a paternidade da filha oriunda fora do casamento, comprovado o nexo de causalidade entre o abandono afetivo e os danos causados a mulher, a Ministra Nancy Andrigui fixou os danos morais no valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais).

A relatora do julgamento ainda ressaltou que o exercício do dever de cuidado não é somente de um genitor, devendo ambos os pais cuidar de seus filhos, inclusive no auxílio psicológico, não somente apoio material.

Ademais, sobre a aplicabilidade da responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance no direito brasileiro nos casos de abandono afetivo há vários autores que adotam a corrente que permite a reparação civil nessa situação, como Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira, entre outros.

Nesse sentido Rodrigo da Cunha Pereira afirma que a lei é clara ao impor obrigações aos pais, e se tais obrigações forem descumpridas devido a omissão ou recusa paterna, gera um ato ilícito passível de indenização.

No mesmo sentido Maria Berenice (2015) diz que “a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia produz danos emocionais merecedores de reparação”.

A autora Maria Celina Bodin de Moraes (2005) também participa dessa corrente doutrinária e afirma que a responsabilidade civil atualmente preocupa-se com a vítima e com os danos por ela sofridos, com isso, o pai deve arcar com a responsabilidade de ter abandonado seu filho afetivamente. Além do mais, a vítima perdeu a chance de ser educada e conviver com o pai ou a mãe.

Como exemplo dessa posição, pode-se citar a situação de uma criança residente na cidade de Jequié, no interior do Estado da Bahia e que fora abandonada pelo pai ao nascer, pela mãe aos onze anos de idade, passando a viver sozinha em um galinheiro às margens da BR-330, provendo seu próprio sustento e recebendo o auxílio bolsa família. Somente em 2014, passou a residir em uma

pequena casa com seu companheiro Leandro, pai de seu filho. No entanto, os proprietários da casa requereram a casa.

Posteriormente, a requerente foi contemplada com uma casa vinculada ao projeto Minha Casa Minha Vida, porém, viu-se impossibilitada de assinar o contrato por causa da menoridade. Desse modo, representada pela Defensoria Pública ajuizou ação requerendo a emancipação judicial (Processo nº 0141.17.050291-2), na sentença judicial foi concedida a emancipação.

Diante dessa triste história narrada em um processo, viu-se parte do sofrimento que foi acarretado para esse ser humano, inúmeros direitos constitucionais desrespeitados e sem auxílio e proteção de seus pais.

Como narrado pelo juiz sentenciante é um problema social grave, cujos responsáveis deveriam ser punidos por toda essa situação e falta de fiscalização.

Por outro lado, os pais dessa criança também foram responsáveis por essa trágica história de uma menina de onze anos que passou a morar sozinha em um galinheiro, longe de seus irmãos que moravam com diferentes famílias de baixa renda e não possuíam condições financeiras de cuidar da requerente.

Nesse sentido, a requerente viu-se privada do mínimo existencial de um ser humano, neste caso, há possibilidade sim de aplicar a teoria da perda da chance pelo abandono afetivo contra os pais, primeiramente, pelo pai que a abandonou quando nascera e a requerente nunca o viu, posteriormente, a mãe que abandona materialmente e afetivamente seus filhos, crianças que estão em fase de crescimento e com certeza psicologicamente abaladas, pela ausência do pai, pela ausência da mãe e pelo distanciamento de seus irmãos.

É óbvio que todo esse contexto, influenciou o desenvolvimento psicológico da requerente, principalmente, em virtude do abandono materno a criança viu-se mais portas se fecharem para sua vida, o sentimento de abandono, medo e insegurança, com certeza, assombrou aquela criança.

Há situações na vida que crianças não devem ou não conseguem resolver, devendo os pais auxiliá-los e se responsabilizar por tais atos, pois bem, como assinalado na decisão a criança encontrava-se emancipada desde seus onze anos de idade, em que foi obrigada a aprender viver sozinha.

Nesse caso específico, vê-se que a criança perdeu inúmeras chances sérias e reais por causa do abandono afetivo de seus pais, que conjuntamente com o abandono material, causou abalo psicológico da criança, inviabilizando o seu sadio

desenvolvimento físico e psíquico, influenciando na formação da sua personalidade.

Além de perder a chance de receber a educação de seus pais, perdeu a convivência de sua mãe, o sentimento de abandono que já estava abalado devido a ausência do pai, piorou diante o abandono da mãe. Nesse contexto, é importante citar parte da decisão da desembargadora Marisa Mello Porto do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“Com fulcro na dignidade da pessoa humana, consagrada na CR/88, há que se condenar os pais negligentes ao pagamento de indenização com o escopo de firmar responsabilidades da ação volitiva de se conceber uma criança, mesmo sendo tal ato advindo de uma situação não planejada ou até mesmo daquelas em que não há relação marital entre os genitores. É inconcebível a ideia de deixar os filhos à deriva pelo mundo, abandonados à sua própria sorte, privando-os de cuidados necessários a um desenvolvimento sadio, garantido pelo nosso ordenamento jurídico. Alguns papéis são insubstituíveis e indelegáveis: os de pai e mãe são bons exemplos disso. Pai e mãe são apenas rótulos, quando não se dedicam ao papel imposto a eles por meio legal. É imperioso ressaltar que várias decisões já foram proferidas pelos tribunais com base no argumento de que não se pode impor a obrigação de amar. Seria impossível realmente tal imposição. No entanto, tais julgadores se esquecem de que amor é um sentimento aprendido. Ninguém nasce amando os pais, os irmãos ou a natureza, daí a importância do convívio. Por isso o absentismo de um pai é tão perverso na vida do filho, uma vez que este foi privado de aprender a amar. Por outro lado, há de se imputar uma pena a essa conduta moralmente reprovável.” (TJMG - Apelação Cível 1.0628.13.001301-2/001, julgamento em 22/04/2015, publicação da súmula em 29/04/2015)

Dessa forma, vê-se que os pais têm o dever de cuidar dos filhos, educa-los e dar afeto, não apenas colocá-los no mundo e deixá-los “à deriva pelo mundo”. Assim, caracterizada a perda da chance pelo abandono afetivo, é necessário a fixação do *quantum* indenizatório, sendo necessário observar no momento de fixação as provas presentes nos processos e as condições financeiras e sociais dos pais da criança.

Já Fernanda Otoni de Barros vai além, afirmando ser possível a responsabilização pela teoria da perda de uma chance, quando a mãe por livre espontânea vontade omite a paternidade do pai e constitui nova família, após anos conta a verdade para o pai biológico e para o pai afetivo.

Nota-se que o pai biológico perde a oportunidade de exercer os seus direitos e deveres ao saber da paternidade, pois, o padrasto já exerce o papel de pai.

Nesse sentido, é claro que o pai perdeu a chance de conviver com seu filho, perdeu a oportunidade de criar vínculos com a criança, situação que após o

descobrimto da paternidade poderá ser dificultada, pois, de um dia para o outro a criança toma ciência que possui outro pai.

Submetendo-se esse contexto em uma análise, inicialmente pode se falar que é uma situação favorável para a criança, ter o privilégio de ter dois pais. Contudo, há questões psicológicas do menor que poderá não aceitar seu pai biológico, dificultando uma aproximação entre eles, por causa da omissão materna em contar sobre a paternidade do pai biológico.

Desse modo, depois de esgotadas todas as possibilidades de aproximação do filho, todas sem êxito, o pai biológico poderá pleitear a indenização pela perda da chance de educar, acompanhar o desenvolvimento de seu filho, dar afeto em face da mãe.

Por outro lado, é possível que a criança quando atingida a maioridade também ajuíze ação de indenização pela perda da chance por abandono afetivo em face de sua mãe, não porque ela o abandonou, mas ela causou o abandono afetivo por não ter contado ao genitor de seu filho sobre sua existência.

É uma questão complexa, a ser analisada no exemplo citado pela autora, pois o filho poderá alegar o abandono afetivo devido à omissão da paternidade biológica. Porém, o menor sempre teve a figura de seu padrasto como paterna, e supostamente até a descoberta o pai socioafetivo sempre cuidou e zelou pela criança como se sua fosse.

No entanto, ainda assim, pode-se dizer que a mãe foi quem ocasionou o abandono afetivo do filho, omitindo a paternidade biológica que posteriormente foi revelada, tirando a chance do filho de ter uma relação paterna filial com seu pai biológico.

Na mesma perspectiva Cristiano Chaves de Farias também defende a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance em casos de abandono afetivo, afirmando que nos casos em que a mulher omite a paternidade do pai, subtraindo a oportunidade de convivência com seu filho, houve uma subtração de um direito e dever garantido legalmente.

Percebe-se novamente, que quem ocasiona o abandono afetivo é a mãe, porque sabia quem era o pai, mas omitiu a paternidade do filho e do pai biológico, inviabilizando a convivência entre eles.

Desse modo, o filho cria o sentimento de que fora abandonado, pois o pai não o procura e nem ajuda financeiramente, porém, tudo isso acontece devido a omissão da mãe em revelar a paternidade ao genitor.

Assim, tanto o pai quanto o filho foram vítimas da situação, o filho pela ausência de afeto do pai em seu crescimento e o genitor por não poder cuidar do seu filho e acompanhar o seu desenvolvimento como ser humano.

No entanto, há críticas em relação a responsabilização civil no âmbito das relações familiares, especificamente em casos de abandono afetivo, pois alguns doutrinadores falam que não pode obrigar alguém amar o outro, que não é possível a monetarização do afeto. Porém, no outro lado está a vítima que sofrera o abandono afetivo de sua mãe ou seu pai que não pode ficar sem amparo do poder judiciário.

Outro ponto criticado, é que essa responsabilização prejudicaria ainda mais a relação familiar que já se encontrava abalada. Como é o exemplo já mencionado, em que a mãe omite a paternidade do genitor e filho, ora a mãe educou e cuidou de seu filho, caso o filho ajuíze uma ação por danos morais pelo abandono afetivo causado pela mãe, a relação entre eles ficará ainda mais estremecida.

Além disso, outra questão criticada é com relação ao valor indenizatório oriundo da perda de uma chance por abandono afetivo, pois, são situações impossíveis de serem vivenciadas novamente, foram frustrações, sentimentos que não recebidos. São tempos, ações e sentimentos impossíveis de serem monetarizados, pois, nem mesmo o dinheiro devolvem esses momentos.

Diante do exposto, vê-se a possibilidade de aplicação da teoria da perda da chance nos casos mencionados, contudo, o julgador deve se pautar nas provas anexadas nos autos, aos laudos psicológicos visando a comprovação do dano gerado pela perda da chance séria e real. Evitando assim, a patrimonialização do afeto e o enriquecimento ilícito da parte.

7.1 A Jurisprudência Brasileira Acerca do Tema

Em pesquisa jurisprudencial realizada nos Tribunais de Justiça Brasileiros sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance no direito de família foram encontradas algumas jurisprudências sobre a teoria da perda da chance no âmbito do direito de família. Eis as ementas:

APELAÇÃO CÍVEL. CRIANÇA E ADOLESCENTE. GUARDA. REVOGAÇÃO. PRELIMINARES. JULGAMENTO ULTRA PETITA. AFASTADA. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. INOCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO VERIFICAÇÃO. PRIMAZIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PROTEÇÃO DA CRIANÇA. NÚCLEO ESSENCIAL DA FAMÍLIA. PARENTESCO CIVIL. SOCIOAFETIVIDADE. EUDEMONISTA. ANAPARENTAL. REVOGAÇÃO DA GUARDA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCABIMENTO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. INOCORRÊNCIA DO DEVER DE REPARAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Não há que se falar em julgamento ultra petita quando a sentença for proferida dentro dos limites da lide. 2. Não se verifica a inépcia da petição inicial por violação ao artigo 295 do CPC/73 quando ausente qualquer irregularidade à macular a petição inicial. 3. Cabe ao Juiz dispensar as provas desnecessárias ou inúteis ao julgamento da contenda. A bem da verdade, nesse seu mister, nada mais fez do que rejeitar as diligências que considerava inúteis ou protelatórias, as quais acabariam por prorrogar ainda mais a entrega da tutela jurisdicional por parte do Estado. 4. A primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos é uma característica fundamental da Constituição Federal. Ademais, a proteção dos direitos da criança apresenta status de direitos fundamentais, em razão do Decreto nº 99.770/90 que recepcionou no ordenamento jurídico pátrio a 5ª Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança. 5. Quando a Carta Magna instituiu o princípio em questão - a primazia da dignidade da pessoa humana - objetivou, principalmente, resguardar a convivência familiar e, conseqüentemente, dar efetividade ao Princípio da Proteção Integral à Criança, vez que é dever da família, da sociedade e do Estado, com absoluta prioridade, assegurar à criança e ao adolescente, dentre outras coisas, a convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. 6. O interesse da criança é encontrado em várias passagens do Direito Brasileiro, mais especificamente no Direito de Família, pois é princípio basilar e de suma importância neste ramo do direito. Será verificado em todo o estudo que o interesse da criança irá se sobrepor aos interesses dos pais, pois se deve buscar sempre o bem-estar do menor. Tal posição é extremamente sábia e importante, pois é mister que uma sociedade só será equilibrada e bem formada se possuir indivíduos controlados e com boa estrutura, o que é garantido através de uma base familiar e moral (NETO, SEBASTIÃO DE ASSIS; DE JESUS, MARCELO; DE MELO, MARIA IZABEL. Manual de Direito Civil. Volume único. Salvador : Ed. Juspodvm, 2013, pág. 1502). 7. O Enunciado 256 da III jornada de Direito Civil do CJF preconiza que a posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil. 8. A doutrina tem elencado que dada a ampliação do núcleo essencial do conceito de família e o posicionamento dos Tribunais Superiores em relação ao tema, é de relevante importância se observar três características basilares, quais sejam: 1) socioafetividade (a família vinculada à afetividade, e não à uma legislação positivista); 2) eudemonista (a família, como grande base da sociedade, possui uma grande função social, que é a realização pessoal e a felicidade de seus membros); 3) anaparental (a família está além dos vínculos técnicos, sendo formada por indivíduos que buscam, através da felicidade mútua, a felicidade comum). 9. Em que pese o peculiar contexto fático dos autos, revela-se importante destacar que não se pode deixar de levar em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente, por outro lado, mostra-se de especial relevância analisar o peculiar contexto fático, considerando em especial que a então detentora da guarda da menor contava com idade avançada; que se mudou de cidade para melhor acolher a criança, Jailma; que o filho da anciã adotou a irmã da menor para que os

laços familiares fossem preservados, que inclusive era portadora do vírus HIV; que Jailma não atendeu especificamente ao padrão de comportamento esperado pela guardiã, ao contrário dos outros filhos adotados por esta, e considerando ainda que, ao contrário da adoção, a guarda seja perfeitamente revogável. 10. Conforme dogmática do art. 187 do Código Civil, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, o que não foi o caso dos autos. 11. *A teoria da perda de uma chance se manifesta em situações de responsabilidade contratual e extracontratual, desde que séria e real a possibilidade de êxito, o que afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória. De qualquer sorte, não obstante a cizânia conceitual desse instituto, a sua incidência nas relações jurídicas é fonte de compensação pecuniária, acaso existente ato ilícito, o que não foi o caso dos autos.* 12. *No contexto fático dos autos, considerando que a revogação da guarda se deu em regular processo judicial, sob o manto da ampla defesa e contraditório e que reputou, naquele momento, ser a medida mais cabível e calado nas estatísticas levantadas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Cadastro Nacional de Adoção, que militam em desfavor da criança que estivera sob guarda, homenageando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é de rigor o afastamento da indenização a título de danos morais.* 13. Em obediência ao princípio da justa remuneração do trabalho profissional e em atendimento ao artigo 20, § 3º e § 4º, do Código de Processo Civil/73, mantenho a condenação em custas e honorários advocatícios no quantum fixado em sentença, apenas invertendo as custas processuais e as verbas honorárias em favor do apelante, observando-se as disposições da gratuidade da justiça. 14. Recurso provido. (Acórdão n.1065780, 20120111324634APC, Relator: SILVA LEMOS 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 11/10/2017, Publicado no DJE: 18/12/2017. Pág.: 492/495)

O caso em tela, não restou caracterizada a perda de uma chance devido a ausência de ato ilícito, o relator afirma que a revogação da guarda da criança ocorreu em regular processo judicial, conforme a ampla defesa e contraditório. Desse modo, o relator afastou a indenização fixada na sentença.

A próxima ementa é do Tribunal de Justiça de Minas Gerais onde o pai interpôs o recurso de apelação cível alegando que a mãe cerceou a oportunidade que o requerente possuía em conviver com seu filho, inclusive, foi reconhecida a alienação parental, onde os laudos psicológicos demonstravam que se a criança tinha medo de falar que queria conviver com o pai para não desagradar a mãe, assim recomendavam urgentemente a retomada de convivência entre pais e filhos.

O recorrente requeria a indenização pela perda da chance de conviver com seu filhos, contudo, o relator entendeu que não houve chance perdida, porque houve decisão judicial regulamentando as visitas, no entanto, o requerente possuía meios de fazer valer a decisão, mas não o fez. A ementa é a seguinte:

GUARDA COMPARTILHADA - MEDIDA PROTETIVA: LEI MARIA DA PENHA - INVIABILIDADE - INDENIZAÇÃO - PERDA DE UMA CHANCE -

ORDEM JUDICIAL - OMISSÃO - DANO MORAL - FIGURA PATERNA: NÃO COMPROMETIMENTO - DANO MATERIAL - RECEBIMENTO DE ALUGUEL: TERCEIRO: NEXO DE CAUSALIDADE. 1. Medida protetiva que proíbe a comunicação entre o pai e a mãe, deferida com base na Lei Maria da Penha, inviabiliza o compartilhamento da guarda do filho, que pressupõe o diálogo entre os guardiões. 2. *A resistência injustificada e reiterada à visitação do filho pelo pai caracteriza ato de alienação parental tipificado no art. 2º, III e IV, da Lei nº 12.318/2010.* 3. *Não há nexo de causalidade entre a perda da chance de conviver com o filho se o pai, podendo fazer prevalecer a ordem judicial de visita, concedida em seu favor, permanece omissivo.* 4. Se a alienação parental não comprometeu a imagem da figura paterna, não há dano moral indenizável. 5. Recibos de pagamento emitidos por terceiros descaracterizam o nexo de causalidade entre o prejuízo material alegado pelo requerente e a conduta da parte requerida. (TJMG - Apelação Cível 1.0518.15.016940-8/002, Relator(a): Des.(a) Oliveira Firmo, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 31/10/2017, publicação da súmula em 14/11/2017)

Por outro lado, em pesquisa jurisprudencial realizada sobre a teoria da perda de uma chance em casos de abandono afetivo foram utilizados os termos “perda” “chance” “abandono” “afetivo”, porém, não foi encontrado nenhum resultado.

Ressalta-se, que a ausência de jurisprudência não é justificativa para não aplicar a teoria da perda de uma chance na seara do direito de família, especificamente em casos de abandono afetivo, pois, já houve decisões reconhecendo a aplicabilidade da teoria em outros ramos do direito.

Ademais, verifica-se na jurisprudência brasileira a possibilidade de indenização por danos morais por causa do abandono afetivo, as maiorias das ementas são indeferindo o pedido, porque não pode obrigar o pai amar o filho, é mera pretensão indenizatória, o afeto não é passível de indenização ou pela ausência de provas nos autos. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. FILHO MENOR. MAJORAÇÃO E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DESCABIMENTO. 1. Descabe o pedido de reparação civil por dano moral, em razão do abandono afetivo, pois nada tem a ver com direito de personalidade, com direitos fundamentais ou com qualquer garantia constitucional, constituindo mera pretensão indenizatória, com caráter econômico. 2. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades do filho menor, mas dentro das possibilidades do genitor, nos termos do art. 1.694, §1º, do CC. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70078800265, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 26/09/2018)

APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. DANO MORAL. NÃO CONFIGURADO. 1. A contemplação do dano moral no âmbito do Direito de Família exige extrema cautela e, sobretudo, uma apuração criteriosa dos fatos, em razão da complexidade das relações familiares. 2. *O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral.*

É necessária a demonstração inequívoca da quebra do dever jurídico de convivência familiar e, como consequência inafastável, a prova de reais prejuízos à formação do indivíduo. Precedentes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 3. Ausentes quaisquer elementos de prova que imputem o dano moral pretendido, impõe-se a manutenção da sentença. Apelação cível desprovida. (Acórdão n.1116999, 20140710420159APC, Relator: HECTOR VALVERDE 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 15/08/2018, Publicado no DJE: 17/08/2018. Pág.: 219-221)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO - AUSÊNCIA - DANO MORAL - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - INOCORRÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA.

- O Direito se limita a impor aos pais deveres de ordem material. Amor, afeto e carinho não são bens jurídicos tutelados pelo Direito, não se podendo impor aos pais uma "obrigação de amar" os seus filhos, embora o abandono moral possa ser moralmente reprovável.

- A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, daí porque ninguém é obrigado a amar, desamar, ou a dedicar amor a outrem.

V.V. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - ILICITUDE POR OMISSÃO - COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS - POSSIBILIDADE. 1. Com fulcro na dignidade da pessoa humana, consagrada na CR/88, há que se condenar os pais negligentes ao pagamento de indenização com o escopo de firmar responsabilidades da ação volitiva de se conceber uma criança, mesmo sendo tal ato advindo de uma situação não planejada ou até mesmo daquelas em que não há relação marital entre os genitores. 2. É inconcebível a ideia de deixar os filhos à deriva pelo mundo, abandonados à sua própria sorte, privando-os de cuidados necessários a um desenvolvimento sadio, garantido pelo nosso ordenamento jurídico. Alguns papéis são insubstituíveis e indelegáveis: os de pai e mãe são bons exemplos disso. Pai e mãe são apenas rótulos, quando não se dedicam ao papel imposto a eles por meio legal. 3. É imperioso ressaltar que várias decisões já foram proferidas pelos tribunais com base no argumento de que não se pode impor a obrigação de amar. Seria impossível realmente tal imposição. No entanto, tais julgadores se esquecem de que amor é um sentimento aprendido. Ninguém nasce amando os pais, os irmãos ou a natureza, daí a importância do convívio. Por isso o absentismo de um pai é tão perverso na vida do filho, uma vez que este foi privado de aprender a amar. Por outro lado, há de se imputar uma pena a essa conduta moralmente reprovável. 4. Em consonância com o Superior Tribunal de Justiça, no voto da Ministra Nancy Andrighi, é possível pleitear indenização por danos morais quando há comprovação de que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida, ocorrendo ilicitude civil sob a forma de omissão. (DESEMBARGADORA MARIZA DE MELO PORTO - VOGAL VENCIDA) (TJMG - Apelação Cível 1.0628.13.001301-2/001, Relator(a): Des.(a) Wanderley Paiva , 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/04/2015, publicação da súmula em 29/04/2015)

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RECONHECIMENTO QUE NÃO DEVE SE ESTENDER COMO UMA GARANTIA PECUNIÁRIA VITALÍCIA AO FILHO QUE SE SENTE ABANDONADO. Não se deve pretender obrigar o pai a amar o filho sob pena de sofrer sanção pecuniária em qualquer fase da vida, uma vez que o reconhecimento da paternidade é imprescritível. O afeto não é algo que se possa cobrar, quer in natura ou em pecúnia, e tampouco se pode obrigar alguém a tê-lo. Deve-se ponderar se a convivência forçada e sem afeto, a

fim de evitar futura condenação indenizatória, seria mais recomendável. Fomentar a responsabilidade dos pais para com os filhos, no aspecto pecuniário, é viável através do instituto dos alimentos; afetivamente, é possível por meio da regulamentação do direito de visitas. *A reparação via indenização por abandono afetivo, muito embora juridicamente possível, depende de considerável respaldo probatório e de circunstâncias extraordinárias que justifiquem a indenização e que não representem simplesmente a indenização pelo amor não recebido. O dano por abandono afetivo é juridicamente viável, mas excepcional; no caso dos autos, inexistente qualquer prova que dê azo à condenação pretendida*

REQUERIMENTO DE TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEL DO DEMANDADO/APELADO PARA SEU NOME. INVIABILIDADE. Não há como se pretender a transferência do bem do pai biológico como consequência jurídica do reconhecimento da paternidade, uma vez que a qualidade de filha tem como efeito patrimonial a garantia dos direitos sucessórios, de modo que o acesso ao patrimônio do pai será viável apenas com o falecimento deste, uma vez que inexistente herança de pessoa viva (art. 426 do Código Civil). PROVIMENTO NEGADO. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.056116-8, de Criciúma, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 22-10-2015).

No entanto, há jurisprudência no sentido de permitir a reparação civil pelo abandono afetivo:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C INDENIZAÇÃO. - PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM. RECURSO DO AUTOR. (1) ABANDONO AFETIVO. DNA POSITIVO. CONHECIMENTO PRETÉRITO. CONFISSÃO. OMISSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. DEVER DE INDENIZAR. - "Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. (...) Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social" (REsp 1159242/SP, relª. Minª. Nancy Andrighi, j. em 24/04/2012). - *Na hipótese vertente, especial, o contexto probatório (revelia, confissão, ciência pretérita da paternidade, danos psicológicos etc) faz certa a presença dos pressupostos da responsabilidade civil, exurgindo o dever de indenizar. [...]* HONORÁRIA. ARBITRAMENTO. EXEGESE DO § 2º DO ART. 85 DO CPC/2015. - Nas demandas condenatórias a fixação dos honorários advocatícios guia-se pelos critérios balizadores do § 2º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015. SENTENÇA ALTERADA. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0000668-95.2014.8.24.0014, de Campos Novos, rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 27-06-2016).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO DE MENOR - GENITOR QUE SE RECUSA A CONHECER E ESTABELECE CONVÍVIO COM FILHO - REPERCUSSÃO PSICOLÓGICA - VIOLAÇÃO AO DIREITO DE CONVÍVIO FAMILIAR - INTELIGÊNCIA DO

ART. 227, DA CR/88 - DANO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - REPARAÇÃO DEVIDA - PRECEDENTES - 'QUANTUM' INDENIZATÓRIO - RATIFICAÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO - SENTENÇA CONFIRMADA. - *A responsabilidade pela concepção de uma criança e o próprio exercício da parentalidade responsável não devem ser imputados exclusivamente à mulher, pois decorrem do exercício da liberdade sexual assumido por ambos os genitores.* (TJMG - Apelação Cível 1.0145.07.411698-2/001, Relator (a): Des.(a) Carlos Levenhagen, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/01/2014, publicação da súmula em 23/01/2014)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO DE REPARAÇÃO CIVIL INICIADO COM A AQUISIÇÃO DA MAIORIDADE PELO AUTOR. PRETENSÃO EXTINTA. PRECEDENTES DO STJ. DISPENSABILIDADE DE PRÉVIO REGISTRO CIVIL OU DE RECONHECIMENTO JUDICIAL DA PATERNIDADE PARA CARACTERIZAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO. NATUREZA DECLARATÓRIA DA SENTENÇA PROLATADA NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO. PATERNIDADE CONHECIDA DO AUTOR DESDE A INFÂNCIA. PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO DE REPARAÇÃO CIVIL INICIADO COM A AQUISIÇÃO DA MAIORIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 206, § 3.º, V, DO CÓDIGO CIVIL. PRESCRIÇÃO TRIENAL. PRETENSÃO EXTINTA. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO PELA PRESCRIÇÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO - *A inclusão do nome do genitor no registro civil de nascimento do filho ou o prévio reconhecimento judicial da paternidade não é um dos requisitos necessários para configuração da responsabilidade civil.* - *A ausência de reconhecimento voluntário da paternidade pelo suposto pai, a depender do caso concreto, pode significar um dos elementos caracterizadores do abandono afetivo, pelo que a declaração da paternidade por Sentença não é óbice ao pleito indenizatório nem deve ser considerada termo inicial do prazo prescricional.* - O Apelante alegou que sempre soube que o Apelado era seu pai, ou seja, não foi a Sentença que tornou conhecida a condição do Apelado de pai do Apelante. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00002591220148150551, 1ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. LEANDRO DOS SANTOS, j. em 10-04-2018)

Assim, diante da possibilidade da responsabilização por dano moral dos pais, vê-se, também a possibilidade da responsabilização pela perda da chance em casos de abandono afetivo.

Outro ponto que vale ressaltar sobre a pesquisa jurisprudencial é com relação ao prazo prescricional para ajuizar a ação, há inúmeras jurisprudências demonstrando a extinção do feito sem resolução do mérito pelo reconhecimento da prescrição, cujo entendimento majoritário é que o prazo é de três anos, conforme o artigo 206, §3º do Código Civil, a partir da maioridade.¹⁹

Além disso, outro ponto controverso na pesquisa jurisprudencial é com relação à competência para julgar as ações propostas pela perda da chance oriunda

¹⁹ Art. 206. Prescreve:

§ 3º Em três anos:

V - a pretensão de reparação civil;

das relações familiares. A maioria dos julgadores entende que essas ações devem ser julgadas pelas varas cíveis, pois, possuem cunho patrimonial.

No entanto, verifica-se que a vara especializada de Família e Sucessões é competente para julgar as ações oriundas da seara familiar, pelo fato de lidar com as relações familiares e verificar em cada caso o elo afetivo. Supõe-se que a especialidade das Varas de Família e Sucessões nas relações familiares, facilite a caracterização da responsabilidade civil pela perda da chance e sua aplicação, evitando-se a banalização do instituto.

Compreende-se que a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance em casos de abandono afetivo é relevante, porque reconhece a violação de princípios do direito de família e direitos da criança ou adolescente. Assim, o filho que encontra-se impossibilitado de conviver com seu pai, vê-se no ajuizamento da ação, a condenação em reparação e a restauração do direito violado, restabelecendo as relações paterno-filiais.

8 CONCLUSÃO

O intuito do presente trabalho foi apresentar a possibilidade da aplicação da teoria da perda da chance em casos de abandono afetivo, concluindo que tal teoria deverá ser utilizada cautelosamente, conforme o caso concreto, visando a reparação da vítima do dano comprovado.

A pesquisa realizada sobre a teoria da perda da chance possibilitou identificar a importância desse instituto para o ordenamento jurídico brasileiro, viabilizando uma reparação por dano oriundo da chance perdida, embora, não estar exposta no Código Civil, é uma ideia implícita relacionada a responsabilidade civil.

A pesquisa possibilitou a compreensão dos aspectos pertinentes à teoria da perda da chance e sua aplicação aos exemplos mencionados, viabilizando o reconhecimento de atos ilícitos violadores dos princípios constitucionais. Assim, quando um dos genitores abandona seus filhos afetivamente, vê-se a possibilidade de responsabilização pela perda da chance.

Há ainda, casos em que atitudes omissas da genitora em esconder a paternidade do pai e do filho, poderá ser ajuizada ação pelo filho para ser indenizado pela perda da vantagem de conviver com seu pai.

Além disso, viu-se que a competência ideal para julgar essa ação é a vara especializada de Família e Sucessões, não a Vara Cível, pois, pressupõe-se que a vara de família irá identificar melhor os transtornos e danos causados pelo abandono afetivo, agindo de maneira a evitar a banalização da reparação pela perda da chance e a monetarização do afeto.

Ainda foi demonstrado críticas com relação à aplicação da teoria da perda da chance nas relações familiares, especialmente, por serem relações entre indivíduos ligados afetivamente, sentimentalmente e por deveres, assim, não pode haver penalização de uma pessoa porque houve a interrupção dos elos afetivos.

Ademais, outra crítica importante é que a reparação oriunda da relação familiar vai contrária ao próprio direito de família, que visa preservar a família e as suas relações.

Assim, ante todo o exposto, conclui-se que é possível a aplicação da teoria da perda da chance no âmbito das relações familiares, inclusive, em casos de abandono afetivo, desde que a chance perdida seja séria e real, mas, sempre sendo

respeitados os direitos constitucionais, as regras da responsabilidade civil e os princípios do Direito de Família.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende de. *A Ideologia do Afeto*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em 19 de set. de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 de set. de 2018.

BRASIL. Lei nº 6.015, 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em 19 de set. de 2018.

BRASIL. Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 20 de set. de 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 de set. de 2018.

BRASIL. Lei nº 11.924, 17 de abril de 2009. Altera o art. 57 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11924.htm>. Acesso em 19 de set. de 2018.

BRASIL. Lei nº 12.398, 28 de março de 2011. Acrescenta parágrafo único ao art. 1.589 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e dá nova redação ao inciso VII do art. 888 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para estender aos avós o direito de visita aos netos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm> Acesso em 19 de set. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 95.464. Claudinei Damascena Santos de Jesus ou Claudinei Damascena de Jesus, Vagner da Costa e outros *versus* Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 03 de fev. de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial 757.411/MG. Alexandre Batista Fortes *versus* Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de nov. de 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 788.459/BA. Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos *versus* BF Utilidades Domésticas Ltda. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 08 de nov. de 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.079.185/MG. Aldeir Batista Aguilar *versus* Antônio Abdala Júnior. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, 18 de nov. de 2009.

CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/artigo/20090428154157163_direito-civil-_o-preco-do-abandono-afetivo-leonardo-castro.html>. Acesso em: 17 de out. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CUNHA, Rodrigo Pereira da. *Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família*. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2004.

DIAS, Maria Berenice. Alimentos e paternidade responsável. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_515\)25__alimentos_e_paternidade_responsavel.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_515)25__alimentos_e_paternidade_responsavel.pdf)>. Acesso em: 19 de set. de 2018.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Danielle Alheiros. A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2184, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12987>>. Acesso em: 16 de out. 2018.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 1ª Turma Cível. Apelação Cível 20140710420159. Segredo de Justiça. Relator: Hector Valverde. Brasília, 15 de ago. de 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 6ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, volume 3: Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Da ideia à defesa*: monografia e teses jurídicas. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. 216 páginas. (Xerox)

LÔBO. Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além Do Numerus Clausus*. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf>. Acesso em: 19 de set. de 2018.

LÔBO. Paulo Luiz Netto. *Princípio da Solidariedade Familiar*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: 19 de set. de 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado Minas Gerais. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível 1.0145.07.411698-2/001. V. S. P. *versus* V. L. C. P. Relator: Carlos Levenhagen. Belo Horizonte, 23 de jan. de 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível 1.0518.15.016940-8/002. S.P. *versus* W. B. L. L. Relator: Desembargador Oliveira Firmo. Belo Horizonte, 31 de out. de 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 11ª Câmara Cível. Apelação Cível 1.0628.13.001301-2/001. Paloma Sabrina da Silva *versus* Ademar Pereira da Silva. Relator: Wanderley Paiva. Belo Horizonte, 22 de abril de 2015.

MORAES. Maria Celina Bodin de. *Deveres Parentais e Responsabilidade Civil*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntes e IBDFAM, v. 31, ago./set. 2005, p. 54-55.

NOVA IORQUE. Convenção Sobre os Direitos da Criança. 20 de novembro de 1989. Disponível em: <<https://www.unric.org/html/portuguese/humanrights/Crianca.pdf>>. Acesso em: 19 de set. de 2018.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível 00002591220148150551. Diego Estefhany Carneiro Pinheiro Dantas *versus* Hilton Pinheiro Dantas. Relator: Leandro dos Santos. João Pessoa, 10 de abril de 2018.

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>>. Acessado em: 17 de out. de 2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 20 de set. de 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível 70078800265. E. R. K. F *versus* M. A. F. Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, 26 de set. de 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível 2013.056116-8. T. M. *versus* J. F. Relator: Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira. Florianópolis, 22 de out. de 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível 0000668-95.2014.8.24.0014. J. E. B. *versus* V. F.. Relator: Desembargador Henry Petry Junior. Florianópolis, 27 de jun. de 2016.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Rafael Peteffi. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito francês. 2001. 136 f. Dissertação (Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Supremo reconhece união homoafetiva*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em 19 de set. de 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo; Direito Civil: Direito de Família. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.