

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA OMISSÃO DA PATERNIDADE

Tony Paiva Capistrano¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

O presente trabalho objetiva verificar a aplicação do instituto da Responsabilidade Civil no Direito de Família, no momento social atual, via Teoria da perda de uma chance, buscando o reestabelecimento do equilíbrio das relações paterno-filiais, desestabilizadas pela omissão da paternidade, pleiteando a reparação indenizatória, mediante a importância da figura paterna, na construção dos indivíduos, abordando o afeto como princípio norteador das relações e formações familiares, assim como o dever de cuidar da prole. Traça-se um panorama geral da referida teoria, do instituto da família (evolução conceitual), da responsabilidade civil e dos tipos de danos reconhecidos no ordenamento. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo, sugerindo a codificação de uma nova modalidade de responsabilização civil de acordo com o atual momento social. Versando pelos contornos legais, doutrinários e jurisprudenciais dessa nova modalidade, na seara da responsabilidade civil, com o caráter reparador indenizatório atingindo, singularmente, a possibilidade perdida. Perpassa por análises da referida teoria, crescimento de sua utilização no direito de família, a aplicabilidade e suas peculiaridades (danos, probabilidade e proporcionalidade indenizatória). Já na jurisprudência, depara-se com a escassez de ações processuais com objeto de mérito idêntico e específico ao tema. Os resultados e discussões partem de premissas obtidas - ao longo da pesquisa- e apresentam hipóteses reais de aplicação da teoria e as problemáticas envolvidas, sempre visando atingir o âmbito somente da possibilidade, independente da comprovação dos danos efetivamente ocorridos, ou de como poderia ter sido aproveitada a oportunidade perdida.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte/UNIRN. E-mail: tonycapistrano@uol.com.br.

² Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte/UNI- RN. E-mail: rosangela.mrm@hotmail.com.

Palavras-chave: Paterno-filial. Perda de uma chance. Responsabilidade civil. Indenização. Direito de família. Afeto.

THE THEORY OF THE LOSS OF A CHANCE IN THE OMISSION OF PATERNITY

ABSTRACT

The present study aims to verify the application of the Institute of Civil Liability in Family Law in the current social moment, via the Theory of the loss of a chance, seeking the reestablishment of the paternal-filial relations balance weakened by the omission of paternity, seeking indemnity repair considering the importance of the father figure in the construction of individuals, approaching affection as a guiding principle of family relationships and their formation, as well as the duty to care for the offspring. An overview of this theory, of the family institute (conceptual evolution), of the civil liability and the types of damage recognized in the organization are outlined. The hypothetical-deductive method is used, suggesting the codification of a new modality of civil liability according to the current social moment. The legal, doctrinal and jurisprudential contours of this new modality in the area of civil liability with the reparative reparation character reaching, singularly, the lost possibility is relied upon. It goes through the analyzes of the referred theory, the growth of its use in family law, its applicability and peculiarities (damages, probability and indemnity proportionality). In jurisprudence, however, there is a scarcity of procedural actions with the object of identical merit specific to the theme. The results and discussions start from assumptions obtained throughout the research and present real hypotheses of theory application and the problems involved, always aiming to reach only the scope of the independent possibility of proving the damage which actually occurred, or how the lost opportunity could have been used.

Keywords: Paternal-filial. Loss of chance. Civil responsibility. Indemnity. Family right. Affection.

1 INTRODUÇÃO

Assim como a sociedade sofre mutações, o direito deve acompanhá-las, proporcionando resoluções dos conflitos de interesses, nas mais diversas relações sociais, e para isso, o instituto da responsabilização civil necessita estar em constante aperfeiçoamento. Nesse sentido, a presente pesquisa tem como escopo explorar a viabilidade e sugerir a aplicação da Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil ligada ao direito de família, delimitando o tema à omissão da paternidade nas mais diversas vertentes. Verifica-se a possibilidade de ser possível o diálogo entre o Direito de Família e a Responsabilidade Civil, por via dessa, “nova categoria”, ou “categoria autônoma” de responsabilidade civil, recepcionada em nosso ordenamento jurídico pela doutrina e jurisprudência voltada para resoluções de conflitos inerentes ao tema do presente trabalho.

O objeto de estudo será a Teoria da perda de uma chance, pelo viés do direito de família. A pesquisa foi prudente ao versar sobre a verificação dessa possibilidade, diferenciando esta modalidade de responsabilidade civil das demais já codificadas no ordenamento pátrio, e atentar se as codificadas existentes já suprem esse fim, o de quando da “*perde d’une chance*” estabelecer a certeza da possibilidade de vantagem ou de se evitar um prejuízo, independente do resultado e/ou da forma que o prejudicado a aproveitaria.

Vale ressaltar que aqui não se trata da busca científica por meios indenizatórios, destinados a reparar danos hipotéticos, eventuais ou remotos, pois nesses casos, nosso ordenamento não os reconhece como indenizáveis, o alvo é o âmbito da oportunidade, de algo que foi tirado ou impedido de forma ilícita, com potencial de ocasionar danos ou de evitar prejuízos de ordem patrimonial e/ou extrapatrimonial.

Diante do exposto, a pesquisa se propôs a investigar aspectos positivos e negativos dessa possibilidade, bem como verificar o referido diálogo tem consonância com o direito institucional legislado - em nosso país - alcançando e zelando pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A abordagem metodológica adotada - no presente trabalho - foi baseada em pesquisas bibliográficas associadas a revisões de literatura com o intuito de facilitar e ao mesmo tempo respaldar, cientificamente, às conclusões e resultados alcançados na

delimitação da temática abordada.

O acervo bibliográfico usado para a elaboração dessa revisão foi baseado em livros, períodos e sites relacionados ao tema: “*teoria da perda de uma chance*”, “*aplicabilidade da teoria da perda de uma chance*”, “*a paternidade na perda de uma chance*”, “*abandono afetivo*”, “responsabilidade civil no direito de família” publicados entre 2012 a 2019, principalmente. Dessa forma, a metodologia aqui adotada propiciou um estudo a respeito da temática por via de fontes legais, seguras, confiáveis e atualizadas, somadas às análises de artigos, trabalhos e textos afins, ajudando a compor uma base teórica robusta.

No primeiro momento da pesquisa, serão expostas noções e composições a respeito do instituto Família abrangendo conceitos da Psicologia, Sociologia, evolução histórica e modelos da família contemporânea, assim como será abordado o princípio fundamental e norteador desse instituto, o afeto como liame de parentesco familiar. Dispositivos legais - como a Constituição Federal, o Código Civil, o ECA e até o Código Penal - serão utilizados como referência de eventuais violações aos direitos fundamentais dos grupos específicos aqui tratados (pais e filhos). Em seguida, debruçará no objeto de estudo, a Teoria da Perda de uma Chance, baseando no conceito, aplicabilidade típica para o fim desta pesquisa e na responsabilidade civil pela perda de uma chance, a diferenciando dos demais tipos.

Por fim, já no tópico conclusão em que serão apresentados resultados e discussões, seção do trabalho a qual traz resultados, consonantes com os objetivos do estudo, a viabilidade da aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilização civil na omissão da paternidade em diversas vertentes, como por exemplo, situações em que os filhos busquem reparações indenizatórias pela perda da oportunidade de ter reconhecida a figura paterna em momento de maior vulnerabilidade, o da construção de sua própria personalidade, assim como pais que pleiteiem responsabilizar civilmente terceiros pela perda da oportunidade de exercerem de forma plena a paternidade em relação a sua prole. Enaltecendo a oportunidade séria e real, a qual se perdera por vontade alheia, o bem a ser protegido pelo direito. Como também deverão constar as divergências e os desafios a serem superados visando aperfeiçoar a aplicabilidade da teoria como forma reparadora do reestabelecimento do equilíbrio das relações paterno-filiais contribuindo para a eficiência da atividade jurisdicional do direito brasileiro.

2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

No decorrer de vários anos, segundo Arruda (2016), a definição de família esteve inerentemente relacionada ao que se entendia por casamento, no qual um conjunto de pessoas unidas a um casal, que estava conectado por um matrimônio indissolúvel.

A definição de família altera-se de acordo com o tipo de sociedade, o tempo e a sua estrutura social, à proporção em que se modifica de acordo com influências dos acontecimentos sociais. Dessa maneira, o conceito de família vai se adaptando de acordo com o local e sociedade em que está inserido (VITAL, 2002).

Na Psicologia, conforme Gomes (1988), a concepção de família se norteia pela livre escolha por questões afetivas, surgindo um compromisso moral de cuidados recíprocos entre crianças, adolescentes e adultos integrantes da relação duradoura, mas também hierarquizada.

Para a Sociologia, conforme Durkheim (2007), o mesmo vocábulo define a estrutura familiar como organização social “básica”, e por ser simples preenche e integra de forma essencial a vida biológica e social em qualquer sociedade do planeta.

Atualmente, essa compreensão está ainda mais “aperfeiçoada”, quando qualifica o afeto como preceptor, liame indispensável e, portanto norteador de percebermos a existência de uma entidade familiar, contrapondo a família patriarcal e arcaica, inteiramente e somente relacionada pelos laços de sangue e pelo patrimônio.

Assim sendo, Pereira (2012, p. 211) afirma que: “para que haja uma entidade familiar é necessário afeto familiar, que pode ser conjugal ou parental”. Por isso, a família está ligada - principalmente - ao sentimento comum entre os seus componentes, não necessariamente relacionada ao número de pessoas que a compõe.

Nesse mesmo contexto, Barros (2002) conceitua o afeto familiar como um sentimento que não está relacionado à presença física de algum membro da família ou até mesmo independe do momento, mas se trata de uma ligação forte, completamente atemporal e tenaz.

Lôbo (2002) discursa em uma de suas obras que em um núcleo familiar, existem elementos definidores, tais como: a afetividade que é conceituada pelo autor

como sendo o fundamento e finalidade da família, com desconsideração do “móvel econômico”; a ostensibilidade pressupõe uma entidade familiar reconhecida pela sociedade enquanto tal, que assim se apresente publicamente; e a estabilidade implica comunhão de vida e, simultaneamente, exclui relacionamentos casuais, em outras palavras, relacionamentos sem compromisso.

Nesse sentido, a família não pode ser mais associada a uma relação de poder, ou de dominação, entretanto deve ser entendida como uma relação que engloba o laço da afetividade e solidariedade, dessa maneira, significando dizer que é proporcionar atenção às necessidades fundamentais manifestadas pelas crias e demais membros, no que se diz ao afeto e à proteção (PEREIRA, 2012).

Diante do exposto, que no que diz respeito ao direito de família, as relações hoje são consideradas igualitárias e solidárias com respaldo significativo em nossa carta magna, no que a mesma propõe.

Ainda, sobre o instituto família, historicamente e de forma breve, era, de modo geral, numerosa, firmada no casamento, tendo o pai com o poder de vida e morte sobre a mulher, filhos e escravos (PEREIRA, 2012). Nesse contexto, a mulher, filhos, bens tudo era considerado propriedade do homem e nos casos de separação conjugal, naturalmente, os filhos ficariam com o pai.

Em 1916, o Código Civil regulamentava que esse modelo de família patriarcal - sustentada pelo pai - constituía todos os poderes da família em suas mãos, na hierarquização das funções, na desigualdade de direitos entre marido e mulher, na discriminação dos filhos, na desconsideração das entidades familiares e no predomínio dos interesses patrimoniais em detrimento do aspecto afetivo.

Assim sendo, a classificação da composição familiar se dá, principalmente, conforme estudos de Psicologia e Sociologia, conforme a Classificação de Kaslow (2002), na qual consiste em: Família nuclear, incluindo duas gerações com filhos biológicos; Famílias extensas, incluindo três ou quatro gerações; Famílias adotivas temporárias; Famílias adotivas, que podem ser birraciais ou multirraciais; Casais; Famílias monoparentais, chefiadas por pai ou mãe; Casais homoafetivos (homoparentais), com ou sem criança; Famílias reconstituídas após divórcio; Várias pessoas vivendo juntas, sem laços legais, mas com forte compromisso mútuo.

Isso posto, conforme Brym et al. (2008), a Família Nuclear consiste na união entre um homem e uma mulher que vivem e mantêm um relacionamento sexual,

socialmente convencional, possuindo pelo menos um filho. Podendo também estar relacionada à visão de que a esposa cuida da casa e filhos, enquanto o marido permanece fora de casa para tratar de trabalho. Dessa maneira, o homem passa a ser o provedor desse tipo de família.

Sabe-se que a Família Nuclear apresenta determinadas características, dentre elas, segundo Macklin (1980), pode-se citar: a união legal entre o homem e a mulher; com a presença de filhos; o pai e a mãe; é uma família de caráter permanente; o homem é o único provedor e a autoridade da família; apresenta exclusividade sexual; a heterossexualidade; constitui, também, em domicílio composto por apenas dois adultos.

Já as Famílias Extensas são organizadas pelo núcleo familiar e agregados, que vivem no mesmo ambiente. Com tal característica, a Família Extensa foi trocada pela família nuclear, principalmente, nos grandes centros urbanos. Outrossim, apresentaram novas formas familiares desassociadas da união legal, conforme Fonseca (2002).

As Famílias Adotivas, no que lhe concerne, trazem consigo a oportunidade da adoção prevista no Código Civil brasileiro, podendo, assim, transformar em realidade um sonho de constituir uma família. Nessa composição formada por um homem e mulher, o filho não ostenta os mesmos vínculos de consanguinidade é o que diz Fonseca (2002), em outras palavras.

A família descrita como “Casal” é aquela formada pelo o homem e mulher que se vinculam por intermédio de um matrimônio, entretanto não idealizam nem adotam possíveis filhos.

No que diz respeito ao modelo de Famílias Monoparentais, estas são formadas por aquelas que convivem com apenas um dos progenitores, com os filhos ainda menores. Desse modo, a expressão “famílias monoparentais” foi usada certa vez na França, em meados dos anos 1970, para fazer referência às unidades familiares daquelas pessoas que vivem sem cônjuge, sem parceiro, além de possuírem um ou vários filhos menores de idade.

Seguindo o mesmo pensamento de Passos (2008), a Família Homoparental sempre existiu na terra, pois desde a Antiguidade sabe-se de diversos casos de pessoas homossexuais com filhos. Entretanto, a singularidade está presente na desagregação entre a sexualidade e a procriação, como também nas diversas possibilidades de

vivenciar a experiência da parentalidade.

Essas Famílias Homoparentais são formadas por pessoas do mesmo sexo que conseguem ter filhos através de alguns determinados caminhos, sendo eles, segundo Passos (2008): (a) reconstituição – um dos parceiros traz para a relação homossexual os filhos do casamento anterior; (b) a adoção – legalizada ou não; (c) a coparentalidade – em que um dos membros do casal gera uma criança com uma pessoa que oferece parceria biológica e o filho passa a fazer parte do núcleo parental do pai ou mãe homossexual.

Cervený (1997), em um de seus trabalhos, relata a respeito da flexibilidade existente na legislação civil brasileira, o que permitiu uma nova configuração de família, sendo ela: a família reconstituída. O casamento entre duas pessoas - após o divórcio – constitui-se em fato, cada vez mais, presente nos tempos atuais, surgindo como uma oportunidade de reconquistar vínculos essenciais de intimidade, companheirismo, afeto, além da possibilidade real de pessoas separadas poderem reconstituir uma nova família. Esses modelos de união não somente acenderam as formas de estar ou ser casado, como também ainda impulsionaram o surgimento de novas formatações de família.

E por fim, quanto às pessoas que vivem juntas, mas que não apresentam laços legais, contudo que apresentam um forte compromisso mútuo, é uma forma de expressão clara entre homens e mulheres e seus filhos, se houverem, em constituir uma nova forma de instituição familiar, cabendo dizer que atualmente, esse modelo é adotado por diversos casais.

É possível perceber que diante dessas classificações, o conceito de “família”, em suas mais diversas formas, está relacionado, cada vez mais, com a realidade dos tempos atuais. Assim, faz-se necessário considerar as particularidades, diversidades e, também, as singularidades de cada modelo de família.

É importante ressaltar que muito se deve à constituição do Estado social de 1988, a qual afirma a família ser a base da sociedade, foi esta a que mais influenciou de maneira incisiva e ao mesmo tempo a que mais liberalizou as relações familiares dentre todas as demais constituições já vividas na história da nossa pátria.

3 A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

Como já mencionado no contexto histórico da família do século XIX, o *pater familias*, conhecido também como o chefe da família, detinha uma gama de poderes em suas mãos. Por sua vez, a mulher se limitava execução das atividades domésticas, geração e criação de filhos.

Posteriormente, com a evolução dos tempos, houve modificações na estrutura da família de modo que a mulher passou a romper barreiras, contribuir financeiramente para a subsistência da família e o homem passou a ser mais presente nas tarefas familiares e, conseqüentemente, exercendo - em maior tempo - a paternidade de forma plena.

Diante do exposto, na nova estrutura familiar, a família, no que lhe concerne, passou a se ligar e a se manter, predominantemente, por meio de elos afetivos. Assim sendo, Barros (2002) reporta o afeto como sentimento enlaçante e comunicador entre as pessoas, ainda que distantes geograficamente, no entanto intimamente solidárias e fundamentais na vida um do outro, visando à vivência, à persistência e à subsistência de seus integrantes, ser determinante na constituição familiar.

Dessa maneira, o atributo afeto é de extrema importância, nas relações parentais e familiares, haja vista que, por exemplo, no caso dos filhos, estes tendem a retratarem a conduta e modos de seus genitores ou responsáveis, pois estes são suas referências durante toda formação enquanto ser. Para concordar e reafirmar a questão de referencial na construção da personalidade humana, Cecconello et al. (2003) enfatizam que a relação entre pais e filhos, no ambiente educacional familiar, resulta em aprendizagens que desenvolvem senso de permanência e de estabilidade no convívio social.

Faz-se então necessário afirmar que a ausência de tal qualidade configura omissão de carinho, diretriz e proteção, imprescindíveis para a formação global da personalidade da criança (SERRA, 2018). Conseqüentemente, a anulação do afeto é um dos fatores que desenvolvem distúrbios emocionais e comportamentais altamente significativos e devastadores, por exemplo, o sentimento de não pertencimento. Em outras palavras, a cessação ou omissão do afeto, reporta à rejeição na vida do indivíduo em formação, fulminando em danos emocionais por vezes irreparáveis.

Esse fato supracitado pode ser - incontestavelmente - visualizado em um estudo realizado por Dias (2016), no que consistia em indícios de insegurança e falta de felicidade, no convívio com os grupos sociais: intra e extrafamiliar. Foi constatado que indivíduos - em convívio social - são afetados pela ausência do afeto, no intrafamiliar, por exemplo, observou-se o comportamento tímido e introvertido com seus próprios familiares.

Dessa maneira é possível afirmar que, segundo Dias (2016), o convívio dos genitores com a sua progênie não se trata de um direito, entretanto se constitui em um dever. Mesmo se for só o direito e o dever de visitá-lo, ainda assim, é de suma importância que seja cumprido proporcionando a sua prole o direito de preenchendo à vida da criança fazendo-a se sentir amada, claro, não descartando ou substituindo a obrigação dos genitores, e, que de preferência seja de coabitação com os seus filhos.

Dias (2016) e Serra (2018) afirmam, em seus estudos científicos, que o afastamento entre pais e filhos resulta em efeitos de cunho emocional o que pode arriscar no desenvolvimento saudável do filho, comprometendo o sócio-psíquico do mesmo. Assim, definitivamente, conclui-se que na vida da criança, ser em formação, o abandono afetivo e o sentimento de dor são fatores em potenciais os quais podem provocar danos irreversíveis em sua vida.

Em decisão inédita, no ano 2012, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prolatou decisão condenatória obrigando o pai pagar R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a sua filha a título de indenização por danos morais por abandono afetivo. A indenização foi concedida mediante exame de DNA o qual atestou a paternidade (STJ, Recurso Especial 1.159.242 - SP (2009/0193701-9))³. Tal dispositivo sentencial, *in verbis*, abriu precedentes para outras decisões nesse mesmo sentido. A Ministra

³ 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/88. 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, Recurso Especial 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, 3ª turma)

reconheceu o abandono afetivo como intrínseco no ordenamento jurídico pátrio, ainda que não esteja normatizado).

Mesmo não havendo qualquer conduta comissiva com potencial tentador à dignidade da prole, a omissão por si só, basta para desencadear consequências devastadoras para o desamparado, gerando para o genitor o dever de indenização.

Diante do exposto, e, segundo Tepedino (2013), para o Direito, a família apenas ganha sentido a partir do momento em que ela se trata de um veículo funcionalizador à ascensão da dignidade dos componentes que a integram. Posto isso, em concordância com Pereira (2012), o ordenamento jurídico compreendeu tal modificação, a partir do momento em que passou a julgar o afeto com um valor jurídico de relevância substancial para o Direito de Família.

É exemplo disso, a valorização dos laços de afetividade e da convivência familiar oriundas de filiação, em detrimento, por vezes, dos vínculos de consanguinidade. Além disso, todos os filhos passam a receber o mesmo tratamento constitucional, independentemente de sua origem e se são biológicos, ou não.

Em conformidade com Pereira (2015), o Direito de Família tão somente jazerá em concordância com a dignidade da pessoa humana, na condição de determinadas relações familiares, como o vínculo entre pais e filhos, permeados de cuidado e de responsabilidade, independentemente da relação entre os cônjuges ou companheiros, se o filho nascer de uma relação extraconjugal, ou mesmo se não houver conjugalidade entre os pais, se ele foi planejado ou não. Em outras palavras, afronta o princípio da dignidade humana o pai ou a mãe que abandona ou impede o exercício da afetividade junto ao filho, isto é, deixa ou impede voluntariamente de conviver com a prole.

Para o mesmo autor, adentrando no ponto principal do presente pesquisa, significa dizer que, no trecho anterior, além da existência de danos morais, é possível considerar uma indenização suplementar, uma quarta modalidade de responsabilidade civil localizada entre as já codificadas em nosso ordenamento jurídico, cujo objeto a reparar, é a oportunidade perdida, esta, necessariamente séria e real do convívio e/ou da presença com a figura paterna a qual remete o tema desta pesquisa.

Destarte, ainda na seara da afetividade, Serra (2018) constata que o afeto é exemplificado por intermédio de um laço subjetivo que está presente na convivência

parental. Assim, promovendo um fortalecimento do afeto, no caso específico, entre pais e filhos. E com a provocação de ruptura desse vínculo, permite-se a responsabilização civil, do agente que lhe deu causa, no âmbito de Direito de Família.

Seguindo esse contexto, o Conselho Nacional de Justiça (2015) declara que quando caracterizada a indiferença afetiva de um genitor, em relação a seus filhos, ainda que não exista abandono material e intelectual, pode ser constatado, na Justiça, o abandono afetivo. É possível concluir com essa declaração que o abandono afetivo partido de qualquer que seja o genitor, não está relacionado a questões materiais ou intelectuais, que possam ser, ou não, oferecidas a sua prole, entretanto, está relacionada à falta do afeto, carinho e convívio com o mesmo, durante a construção do indivíduo enquanto ser, o crescimento, a formação e o desenvolvimento, momento de maior ou total vulnerabilidade do ser humano.

Cabendo salientar que, conforme jurisprudências pátrias, uma vez comprovado o abandono afetivo, torna-se cabível a punição ao genitor que cometeu tal ato ilícito. Tendo em vista que o amor, a afetividade que se traduz na relação jurídica entre pais e filhos não é apenas em sentimento devido, mas em direitos e deveres, notoriamente implícitos e descritos em nosso ordenamento, e, uma vez descumprido de forma intencional, comprovada o dolo ou a culpa do agente em seus atos deverá acarretar consequências podendo ser no âmbito civil, mas também no penal, a depender do caso concreto, com o intuito de reestabelecer ou compensar o equilíbrio das relações jurídicas familiares entre pais e seus filhos.

Vale reafirmar da preocupação do legislador em relação a tal tutela no direito, até no Código Penal trata sobre as relações familiares entre pais e filhos, no capítulo III titulado “Dos crimes contra a assistência familiar”, por exemplo, prevê situações de abandono, os quais devem ser reportados ao abandono afetivo por tudo que já fora exposto. Segue no código, abandono material: previsto no art. 244, CP⁴, descreve o abandono material.

Em boletim do IBDFAM, Belo Horizonte n.29, O Ministro Luiz Edson Fachin (2003, p.3) vai dizer que: “A pior miséria humana é a pobreza de afeto. Matar a fome de afeto, eis a grande meta de uma sociedade solidária e generosa”.

⁴ art. 244, CP: “Deixar”, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo.

Por sua vez, o Instituto Brasileiro de Direito da Família (2012) caracteriza o abandono afetivo como a impossibilidade afetiva de um dos progenitores, no tocante à sua progênie, independentemente da presença do abandono material e intelectual. Determinadas decisões do Superior Tribunal de Justiça já de pronto presumem em conceder o reparo dos danos que o abandono afetivo ocasiona, por indenizações, se sustentando que o abandono afetivo também se dá pela inadimplência do dever legal de cuidado, criação, educação e companhia presente, constituídos por direitos e deveres que estão ventilados por todo o texto da nossa Constituição Federal.

4 DISPOSITIVOS LEGAIS À DISPOSIÇÃO DAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

Os Direitos Fundamentais consistem nos direitos básicos que todo e qualquer indivíduo, residente no Brasil, estão assegurados de acordo com a Carta Magna brasileira. Entidades defensoras de interesses da família, assim como sugestões populares influenciadoras, no processo de promulgação da Constituição de 1988, através da Assembleia Nacional Constituinte, priorizaram por mais, aspectos pessoais, aos patrimoniais das relações de família, refletindo em transformações em diversos âmbitos, tais são elas: a afetividade como liame principiológico da construção familiar, igualdade entre homem e mulher, paternidade responsável, isonomia entre filhos independente da origem, entre outros.

Dessa maneira, esses direitos são de ordem individual, social, política e jurídica que, por sua vez, estão interligados com os direitos humanos, Os quais garantem, por exemplo, a liberdade, a vida, a igualdade, a educação e segurança da pessoa humana. Assim, a Constituição Federal de 1988 (CF) em seu artigo 5º, caput⁵ comprova intrinsecamente alguns princípios norteadores de sua promulgação, e seguindo com o mesmo artigo 5º, V,CF⁶, e ainda no inciso X⁷ do mesmo artigo, possibilidades de responsabilizações.

Ainda no capítulo VII da Carta Magna, este é voltado à proteção global da família, da criança, do adolescente, jovem e do idoso em seus artigos 226, 227, 228,

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

⁶ Art.5º,V,CF: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

⁷ Art.5º, X, CF: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

229 e 230, e, desses cabe aqui ressaltar o art. 229, CF⁸, o qual trata de assunto bem pontual para a referida pesquisa que diz respeito à relação entre pais e filhos, na qual a Constituição Federal de 1988 assegura os deveres que pais precisam exercer, perante a lei, em relação a seus descendentes.

Sabe-se que o não cumprimento desse dever, pode ocasionar, para os genitores, consequência tanto no âmbito civil como no penal, com penalidades, como multas ou indenizações e até prisão. Portanto, estará sujeito à responsabilização, por exemplo, o genitor que, por sua vez, continuar inerte ao cumprimento de deveres preestabelecidos em dispositivos legais relacionados à sua prole.

Também cabe ressaltar, a responsabilidade civil contemporânea, que quando se refere à proteção da criança e adolescente percebe estes como sujeitos de direito próprio, ou seja, recebe especial tutela do ordenamento jurídico pátrio devido a estarem com sua personalidade em construção de forma integral e, portanto amparada tanto pela nossa constituição atual como pelo da Criança e do Adolescente - ECA (Estatuto de 1990), esta, legislação ainda mais específica para o referido grupo. Afinal os filhos estarão, em quanto, tutelados por seus responsáveis legais, em desenvolvimento e em formação, norteados a alcançarem autonomia e responsabilidades próprias, daí a justificativa de serem tratados como sujeitos de direitos específicos pelo nosso ordenamento jurídico.

O Código Civil também reforça os direitos e deveres jurídicos dos sujeitos, nas relações familiares, permeando dispositivos os quais visam à proteção dos indivíduos com as mais diversas funções na vida em sociedade. E, portanto, mais uma vez as crianças e os adolescentes são tutelados de forma específica norteados por características particulares, inerentes da personalidade em formação do referido grupo, e, portanto, delimitando a capacidade civil dos mesmos.

Ratificando a afirmação supracitada, pelo que dispõe o artigo 5º do Código Civil, seguindo com os incisos do I-V exemplificando condições para que a maioridade destes seja reconhecida.⁹

Para Kant, na sua obra, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, versão traduzida em 2005, por Paulo Quintela, o amor ou o afeto natural, puro não pode ser

⁸ Art.229, CF: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

⁹ Art.5º, CC: “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”.

ordenado juridicamente, no entanto, atos de responsabilidade, ou seja, o dever de fazer, esse sim é passivo de ordenamento, mesmo quando quem o deve tenha aversão e nenhuma inclinação a fazer, “o amor é prático e não patológico, que reside na vontade e não na tendência da sensibilidade” (KANT,1986, p.30).

Em consonância ao descrito e visando à eficiência dos direitos e deveres, nas relações pais e filhos, até no Código Penal encontramos proteção aos referidos sujeitos, no artigo 133, caput.¹⁰, seguindo nos parágrafos e incisos seguintes, prevendo sanções para casos de abandono de pessoa que esteja sob a guarda, cuidado, vigilância ou autoridade, englobando também filhos e menores, de tal maneira que os impossibilite a se defender dos riscos pertinentes ao abandono, aumentando significativamente a tutela pretendida a assistir grupos específicos.

A responsabilidade civil dos pais é baseada na execução do poder familiar que lhes é atribuído por um enorme leque de fazeres e deveres, não necessariamente uma forma de poder, e sim uma maneira complementar da obrigação de educar as progênes e manter vigilância, convívio, afeto e cuidado sobre os filhos. Essa responsabilidade apoia-se em uma presunção concernente, ou em uma modalidade de responsabilidade objetiva, no Código Civil.

Existem duas condições que se flexionam nessas particularidades de responsabilidade, são elas, conforme Venosa (2008): a menoridade e o fato de os filhos estarem sob o poder ou autoridade e companhia dos pais.

Dessa maneira, a responsabilidade dos genitores não pode ser apartada, pois a criança ainda não apresenta a aptidão de discernir o certo do errado. Ao mesmo tempo, torna-se mais rígida necessitando da atenção dos pais, uma vez que as progênes não possuem ainda o ínfimo de circunspeção.

Sabe-se que na conjuntura atual, devido a múltiplas condições, há várias barreiras que atrapalham e acabam impedindo o caminhar do filho rumo à autonomia em relação às décadas passadas, como por exemplo, o alto custo de morar sozinho e a opção por casar e ter filho mais tardiamente, ou seja, os variados motivos flutuam entre o financeiro ao emocional, fazendo surgir o fenômeno da “geração canguru”, jovens estão demorando mais a “saírem das casas dos seus pais”.

¹⁰ Art. 133, CP: “Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos”. Sendo causa de **Aumento de pena**, Art. 133,§ 3º,CP: “As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço: II - se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima”

Assim, os genitores apresentam, ainda mais, um papel fundamental na vida da progênie, de tal maneira a incentivar, apoiar e garantir os preceitos fundamentais para a sua independência, proporcionando condições para estes desenvolverem seus potenciais.

5 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO NOSSO ORDENAMENTO

Relativamente novo no ordenamento jurídico pátrio, inclusive passivo de relacionar-se ao direito comparado, por ter sido absorvido do direito francês, a mais ou menos 20 (vinte) anos, a Teoria da perda de uma chance vem ganhando força na doutrina e jurisprudência nacional no âmbito do direito de família, e com potencial de ajudar a resolver conflitos atingindo um âmbito até então, não tutelado singularmente, o da oportunidade ou possibilidade, nas relações sociais.

No que diz respeito ao conceito da teoria da perda de uma chance, Farias; Rosenvald (2007) afirmam poder existir uma terceira via com significado e efeitos próprios em meio ao dano certo e ao hipotético.

Compreende-se dessa maneira que para ser possível determinado dano ter de fato efeitos próprios, é imprescindível, entretanto, que o prejuízo seja composto de seriedade e realidade, não se qualificando, desse modo, como objeto do direito à reparação meras conjunturas de cunho subjetivo, ou seja, danos eventuais, hipotéticos ou remotos daquele que se sentiu lesado (FARIAS; ROSENVALD, 2007).

Apesar do dano não ser aqui, nesse trato, prioridade para essa modalidade autônoma de responsabilidade civil, é interessante conceituá-lo em sintonia com Cavalieri Filho (2007), o qual define dano, como sendo, a diminuição de um bem jurídico, independente de qual seja a natureza, isto é, seja ele correlacionado a um bem patrimonial ou relativo à própria personalidade da vítima em questão, podendo citar, por exemplo, a honra, a imagem e a liberdade. Afinal, dano é um ultraje de determinado bem jurídico, seja ele patrimonial ou moral.

O mesmo autor, Cavalieri (2007 apud SILVA, 2013), ainda explana que a perda de uma chance deve ser enxergada como a perda por uma contingência de se alcançar um determinado e possível resultado ou, até mesmo, de se impedir a possibilidade de ocorrência de um dano. Dessa maneira, valoriza as oportunidades que se apresentarem para lograr o feito. Isso quer dizer que, essa teoria se torna uma ferramenta meio, daquele que a requer tentar obter uma reparação em cima da chance

que foi perdida por razões alheias à sua própria vontade, o que remete à complexidade do tema.

Da mesma maneira, para Bioni (2008), a teoria da perda de uma chance consta que mesmo não havendo um dano certo e determinado, existe uma probabilidade de prejuízo para a vítima, decorrente da legítima expectativa que ela possuía em angariar uma vantagem ou evitar um prejuízo.

É possível notar que, o dano, nos casos aplicados à relação paterno-filial trata-se de algo subjetivo, no entanto, diferentemente dos danos emergentes e dos lucros cessantes, bastarão ser provados o agente causador da perda da possibilidade mediante dolo ou culpa e o nexo de causalidade do mesmo, para a viabilização da referida responsabilidade por via desta teoria, pois o bem a ser tutelado é a oportunidade, e não o resultado. Pretendendo por via dessa modalidade de responsabilização civil uma forma em potencial de reestabelecer o equilíbrio que foi rompido, uma vez afetada a paridade da relação jurídica do caso concreto, desequilíbrio este, que pode provocar inimagináveis efeitos na vida de quem é privado da oportunidade que lhe era de direito.

A fim de que seja caracterizada e reiterando estudos sobre a Teoria da perda de uma chance é indispensável que esvaneça a verossimilhança de um determinado acontecimento que permitiria um benefício futuro à vítima, em consequência do comportamento de outrem. É recomendado, porquanto, compreender por chance, a possibilidade de se alcançar um ganho ou de se impedir uma avaria (FILHO, 2007).

No que diz respeito às principais características da Teoria da perda de uma chance, em concordância com Chabas (1990), têm-se: a vítima deve estar em um processo aleatório; interrompido pelo ato do agente e que, ao final; poderia lhe apresentar uma vantagem ou lhe evitar um prejuízo.

Cooperando também, Peteffi da Silva (2013) observa que outro atributo igualmente significável e essencial para se diferir a chance perdida com outras espécies de dano é a absoluta falta de prova de vínculo causal entre a perda dessa adjunta e o ato danoso, porquanto a aludida aposta é contingente por natureza.

Relembrando o lapidar caso que muitas obras citam, há aquele do programa de televisão “O show do milhão”, em que um participante do referido programa, buscava ganhar o prêmio máximo e para isso teria que responder corretamente uma sequência de perguntas e conquistar o prêmio máximo no valor de um milhão de reais, na última

pergunta, a qual abordava um tema constitucional, teria que indicar a alternativa correta entre das quatro apresentadas pela edição do programa. No entanto, todas as alternativas disponibilizadas eram erradas. O que impossibilitou a conquista do almejado prêmio (REsp 788.459/BA)¹¹.

Segundo os pensamentos de Pereira (2001), se porventura a ação se basear em um simples dano hipotético, não compete à reparação. Contudo, esta será devidamente admitida se inclusa à ideia da perda de uma oportunidade '*perde d'une chance*' se puder estabelecer a certeza da possibilidade de vantagem ou de evitar um prejuízo.

Conjuntamente a isso, é de assaz relevância a comparação dos pressupostos da responsabilidade civil a fim de que se conjecture a aplicação do instituto. No meio deles, menciona-se a conduta do agente, qualificada pelo dolo ou culpa, a possibilidade de dano, e o nexo de causalidade entre eles, disserta de forma bem objetiva (NUNES, 2018).

Nunes (2018) ainda relata que com o intuito de compreender melhor, é sucinto em verificar se a oportunidade inserida em análise, verdadeiramente seria aproveitada, caso se não tivesse intervenção do agente que lhe a subtraiu. Assim, a chance perdida efetivamente apresentaria sucesso, numa contingência, acaso o fato gerador da responsabilidade não tivesse cessado o andamento habitual dos eventos.

Ou seja, é necessário conhecer a chance que foi perdida no contexto que está situada, levando em consideração quem lhe deu causa, o ato e a possibilidade de danos acarretados para a vítima.

Todavia, apesar da divergência na doutrina sobre o tema, tal qual o autor Nascimento (2013) admite que não haja classificação, de modo unânime, da perda de uma chance por causa da inexistência de critérios invariáveis de maneira que exista um inteirado emprego do institucional.

Deveras vem a repercutir na jurisprudência, a julgar pela contrariedade vivente a fim de classificar a espécie de dano, do mesmo modo que a fixação do

¹¹ 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. (RE-Sp 788.459/BA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2005, Dj 13/03/2006 p.334).

quantum indenizatório, apresentando como objeto a ser reparado, é a oportunidade.

É importante observar que por se buscar indenizar a oportunidade de se obter alguma vantagem ou evitar algum prejuízo é que o *quantum* indenizatório respaldado pela referida teoria é inferior em relação à pretensão indenizatória por danos emergentes ou por lucros cessantes.

Isso também se faz compreender a pretensão indenizatória pela Teoria da perda de uma chance situar-se exatamente no meio termo, entre um dano emergente e o lucro cessante, pois não se faz necessário comprovar o dano efetivo, por isso que o pedido não é o do dano provado, ou lastreado na vantagem que a vítima deixou de angariar (acobertada pelos lucros cessantes).

A reparação é objetivada pela chance em si, oportunidade tolhida por ato ilícito de terceiros o que impediu de alcançar ou não a vantagem. A oportunidade se liga no futuro, por isso que a linha de desdobramento tem que estar muito clara para se tornar passível de direito à indenização.

Para fins do que é abordado, no presente trabalho, a Teoria da perda de uma chance aplicada às relações familiares, mais especificamente entre pai e filho, pode culminar em indenizações reparadoras ou ao menos compensatórias por várias vertentes: O filho que teve a sua oportunidade de convivência e afeto com a figura paterna, como, em situações em que o pai é impedido por terceiros de exercer, de forma plena, a paternidade que lhe era de direito.

O que carece de ser ressaltado e instigado em conta é a possibilidade daquela chance perdida ter um resultado oportuno para a vítima.

Nesse sentido, discorre Cavalieri Filho (2012), que não se deve, entretanto, observar para a oportunidade como perda de um resultado certo, pois não se trará a *fidúcia* de que o evento se alcançará. Contudo, se carece enxergar a chance como a perda da possibilidade de obter um resultado ou de se impedir um dano; necessita-se considerar as possibilidades que o sujeito apresentava de obter o resultado para visualizar se são, ou não, proeminentes para o ordenamento.

À vista disso, o maior revés da aplicabilidade da teoria da perda da chance é propriamente saber discernir casos aplicáveis ao instituto com ocasiões nas quais o dano é unicamente hipotético. A ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) avalia, nessa continuidade, que:

A adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o 'improvável' do 'quase certo', bem como a 'probabilidade de perda' da 'chance de lucro', para atribuir a tais fatos as consequências adequadas.

E mais, não obstante das várias considerações no que diz respeito à aplicação da Teoria da perda de uma chance, precisamente devido à falta de veracidade e a falta de credibilidade que isso eventualmente poderia originar.

Peteffi (2013) finda que por meio de alegações apresentadas, a maior parte da doutrina assegura que a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance não carece de conhecimento de nexos de causalidade alternativa para ser regularizada. Somente uma maior fissura conceptual, no que diz respeito aos danos indenizáveis, já seria categoricamente satisfatório para a aplicação da Teoria da perda de uma chance, nos mais variados ordenamentos jurídicos.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NA OMISSÃO DA PATERNIDADE

Então é considerada característica marcante da responsabilidade civil pela perda de uma chance que o dano potencial esteja na linha dos desdobramentos, e que a linha esteja situada realmente como um dano em potencial. É importante dizer: aquilo que se busca indenizar não é a vantagem que a pessoa teria no futuro, pois aqui estaríamos diante de indenização com base em dano patrimonial por lucros cessantes (Arts. 402, CC¹² e 403, CC¹³).

Diante do exposto, a Teoria da perda de uma chance sistematiza-se em compreender as inestimáveis circunstâncias em que a responsabilidade civil não englobava. Destarte, a aparição da "perda da chance" abrolhou como um retorno natural ao prosseguimento evolucionar do homem e dos eventos susceptíveis de responsabilidade.

Dessa maneira, Savi (2010) explana, em outras palavras, que o dano, por sua vez, advindo da perda de oportunidade de lograr um préstimo ou de evitar um detrimento foi ignoto pelo Direito no decorrer de muito tempo por não conseguir assegurar, com acerto, que, sem o ato do ofensor, o préstimo tornar-se-ia

¹² Art. 402, CC: "Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar".

¹³ Art. 403, CC: "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".

adquirido.

Partindo da proposição de que a oportunidade subtraída à vítima é, equitativamente, um bem jurídico atual e certo, da qual violação perpetrada surge o direito de reparação, fragmento considerável da doutrina entende que deve ser ela qualificada como "uma subespécie de dano emergente", afirma SAVI (2010) - espécie de dano patrimonial - na qual o bem perdido "não é o que razoavelmente se deixou de lucrar, e sim a oportunidade já existente no patrimônio da vítima" (SAVI, 2010, p.261).

Dessa maneira, é comum a prole pleitear danos emergentes de cunho moral e/ou patrimonial em relação ao seu genitor, daí ser necessário teste de DNA, para o devido reconhecimento de paternidade, todavia para viabilizar a reparação civil dos danos emergentes (prejuízos efetivos, já ocorridos) ou lucros cessantes (o que deixará de ganhar). No que diz respeito à teoria da perda de uma chance, ela não viabiliza nem os danos emergentes, nem lucros cessantes, e nem os hipotéticos, eventuais ou remotos, sendo estes três últimos não são passíveis de indenização pelo nosso ordenamento jurídico, já pacificado na jurisprudência, entretanto o objeto a ser protegido e/ou reparado pela teoria é a oportunidade do exercício da paternidade de forma plena, e o de ser filho, também de forma plena que lhes foram tiradas, independente de como seria aproveitada a referida oportunidade pela vítima se assim lhe tivesse sido possível, o resultado danoso aqui não importa. Portanto, trabalha com a ideia de probabilidades ao invés de certezas.

A prole dependente dos pais, e aquela acaba sendo vítima da ilicitude por parte dos seus genitores, que em determinadas situações negligenciam e/ou se omitem da convivência familiar, ou ainda, impede dolosamente que o outro exerça seus direitos e deveres, inerentes à condição de pai, encontrando amparo legal e jurisprudencial no ordenamento pátrio (PRADO, 2012).

Pode-se perceber que consonante ao estudo, a Teoria da perda de uma chance pode ser definida como meio para respaldar a responsabilização civil inerente a ato ilícito, o qual retire a oportunidade séria e real de se obter uma vantagem, de diminuir ou evitar um prejuízo.

Trazendo para o tema da pesquisa, por tudo que foi exposto com embasamento científico no âmbito da Sociologia, Psicologia jurídica, assim como no âmbito da legalidade, é indubitável, a grande importância da figura paterna no crescimento e desenvolvimento da personalidade do indivíduo, assim como o dever de

cuidar ser objetivo, o que se difere do de amar, este subjetivo, e, portanto considera-se eminentemente danoso o ser humano não saber de suas origens, a ausência do pai na vida de um filho e vice-versa muda por completo o sentido, a conduta e a vida dos envolvidos nessa relação.

Diante do exposto, quando por vontade própria, ou por culpa, alguém retira essa oportunidade de convívio, a teoria da perda de uma chance alinhada com o seu fim, surge com potencial específico de atingir uma responsabilidade situada entre os danos emergentes e os lucros cessantes, cuidando unicamente da possibilidade ceifada, pautada na certeza da perda da oportunidade causada por ato ilícito (comissivo ou omissivo).

Vale ressaltar que para a referida teoria, os danos efetivos não serão considerados, não será necessário comprová-los, razão pela qual o quantum indenizatório é de menor monta quando comparado aos danos emergentes e aos lucros cessantes, pois se baseia em probabilidade. Norteado pela busca do direito em preencher lacunas na lei, não é demais afirmar que a teoria da perda de uma chance nas relações paterno-filiais, preenche um delas, ao tratar de algo que por si só não faria jus à reparação indenizatória, portanto, cientificamente embasado, apresenta-se uma nova hipótese de responsabilidade civil sem a necessidade da comprovação do dano.

O parágrafo acima remete ao ponto de maior revés sobre a aplicabilidade da teoria ao tema, a ausência da concretização e credibilidade que a perda da possibilidade poderia originar.

Confirmando o dito, podemos - ao longo do trabalho - observar posicionamentos do STJ quanto à verificação das consequências dos fatos mediante o “improvável” ou do “quase certo”, preocupação explicitada pela ministra Nancy Andrighi sobre a adoção da teoria tema desta pesquisa.

Hironaka (2007), jurista do âmbito do Direito de Família e da Responsabilidade Civil, afirma que a responsabilidade dos pais incide, sobretudo em oferecer a oportunidade ao desenvolvimento das crias, consiste especialmente em contribuir na construção da própria liberdade. Faz referência a uma anástrofe total, assim sendo, do conceito antigo e maximamente patriarcal de pátrio poder. Aqui, a compreensão é baseada na informação coerente da natureza dos componentes de uma genealogia, isso quer articular que não existe mais embasamento no exercício da coisificação

familiar.

Paralelamente, isso constitui em oferecer ao necessitado o zelo às obrigações contestadas pelos filhos em circunvizinhanças, precisamente, de afeto e proteção. Poder-se-ia dizer, assim, que um convívio em família no qual os laços afetivos são ligados por sentimentos positivos, de alegria e amor mútuos em invés de sentimento de tristeza ou ódio recíprocos, e dessa maneira, uma vida grupal em que se propõe não somente a autoridade dos pais e a instrução ao filho, como também, notadamente, a liberdade paterno-filial.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da divergência doutrinária e poucas jurisprudências sobre reparação pecuniária, no direito de família, a presente pesquisa pôde alcançar o seu fim, substanciada cientificamente por constatar potencial específico da teoria da perda de uma chance em casos de omissão de paternidade, por preencher lacuna existente no âmbito da responsabilidade civil no ordenamento pátrio, atingindo singularmente a possibilidade subtraída independente do seu proveito.

Diante de tudo que fora explicitado e discorrido, o presente artigo reconhece que 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. E comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, ofendendo direito alheio sendo, portanto devida a reparação dos danos por parte do ofensor pela transgressão de regras de convívio social impostas pelo Estado.

O exercício da paternidade, e, por conseguinte, do estado de filiação, é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência propositada tem repercussões e consequências psíquicas sérias.

A omissão da paternidade viola deveres extrapatrimoniais integrantes do poder familiar, configurando traumas expressivos ou sofrimento intenso ao ofendido, diante das quais a ordem legal/constitucional deve amparo em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de termos um direito inexigível.

É formidável lembrar que conquanto ainda escassa a aplicação da teoria da

perda de uma chance na omissão da paternidade, a mesma se torna pertinente e favorável como reestabelecadora do equilíbrio, nas relações paterno-filiais, contanto que representada de modo concreto da privação da possibilidade de alcançar um efeito ou de se impedir um dano ao progenitor que se viu desapossado da oportunidade de convivência com seu filho, ou vice-versa.

A paternidade ultrapassa o mero ato de procriação, existe um fato cultural que remete o indivíduo às suas origens, portanto o vínculo biológico e/ou afetivo se apresenta como meio de garantia da dignidade de cada indivíduo.

Por se tratar de uma modalidade de responsabilidade civil nova, recepcionada por meio da doutrina e jurisprudência, estudos como este apontam a tendência de crescimento da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance nas relações que envolvam reconhecimento e negatória de paternidade com caráter indenizatório e um consequente aperfeiçoamento quanto a sua aplicabilidade em resolução de conflitos, nas relações sociais desses grupos específicos, quebrando paradigmas em pleitos dessa natureza, considerando plenamente pertinente e adequada à aplicação da teoria da perda de uma chance em caso de omissão da paternidade, sem a necessidade a comprovação dos danos efetivos.

Destarte, compete ao juiz no caso concreto averiguar se, existiria contingência de um concreto ensejo de convívio e quanto às regalias da paternidade perdida, porquanto, versa-se de uma descrição de conjectura. E com relação ao valor da reparação indenizatória, são ausentes dispositivos legais sobre o assunto, no entanto, o juízo deverá ater-se à possibilidade, oportunidade subtraída, baseando-se em probabilidade.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. **Responsabilidade civil no direito de família: da possibilidade de indenização por descumprimento do dever de convivência**. Faculdade Maurício de Nassau. Recife/PE, 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/22_11_2011%20Afetividade.pdf>. Acessado em: 19 de agosto de 2019.

BARROS, Sérgio Resende de Barros. **A ideologia do feto**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 9, 2002.

BARROSO, Sérgio Luiz. **A teoria da perda de uma chance**. JUS Brasil. 2015.

Disponível em: <<https://sergioluizbarroso.jusbrasil.com.br/artigos/229752083/a-teoria-da-perda-de-uma-chance>>. Acessado em: 15 de agosto de 2019.

BIONI, Eduardo Abreu. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil**. In: Direito Net, 2008. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/Teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil>>. Acessado em: 15 de agosto de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 28 de agosto de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acessado em: 28 de agosto de 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessado em: 28 de agosto de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **RESP n.º 1.159.242-SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Plenário. Brasília, 9 de abril de 2014. Disponível em: Acessado em: 10 de outubro de 2019.

BRYM RJ, LIE J, HAMLIN CL, MUTZENBERG R, SOARES EV, MAIOR HPS. **Sociologia – Sua bússola para um novo mundo**. São Paulo: Cengage Learning, 2008. 585p.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6 ed. rev. aumentada e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

CHARTIER, Yves, 1996 Apud PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade Civil Pela Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

CECCONELLO, A. M.; DE ANTONI, C.; KOLLER, S. H. **Práticas educativas, estilos parentais e abuso físico no contexto familiar**. Psicologia em estudo. V. 8, n. 2; p. 45-54, 2003.

CERVENY C, BERTHOUD C. **Família e Ciclo Vital – Nossa realidade em pesquisa**. São Paulo: Editora Casa do Psicólogo. 1997.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Entenda a diferença entre o abandono intelectual, material e afetivo**. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80241-entenda-a-diferenca-entre-abandono-intelectual-material-e-afetivo>>. Acessado em: 31 de agosto de 2019.

DIAS, Anita Branco; MUNARO, Marcos Vinícius Tombini; LIMA, Wellington Henrique Rocha. **O abandono afetivo como forma de abandono de incapaz**. Anais da Jornada Integrada dos Cursos de Direito e Ciências Contábeis do Centro Universitário FAG.

Cascavel, 2017. Disponível em:
<<https://www.fag.edu.br/upload/revista/jinteg/5a68d24324727.pdf>>. Acessado em:
31 de agosto de 2019.

DURKHEIM, E. **As regras do método sociológico**. 1858- 1917. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **O mundo tem forma de quê?**: Boletim IBDFAM, Belo Horizonte n. 29, p. 3, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 4ª ed. Editora: Lumen Juris. 2007.

FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012.

FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed., rev., atual .e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

FONSECA, C. **Mãe é uma só? Reflexões em torno de alguns casos brasileiros**. Psicologia USP. 2002 13(2)49-68.

GOMES, HSR. **Um estudo sobre o significado de família**. Tese de Doutorado. PUC-SP, 1988.

GUIMARÃES, Amanda Fernandes. **Diálogo entre o direito de família e a teoria da perda de uma chance: o abandono afetivo parental**. Universidade de Brasília, 2018. Disponível em:

<http://bdm.unb.br/bitstream/10483/21596/1/2018_AmandaFernandesGuimaraes_tcc.pdf>. Acessado em: 10 de agosto de 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material**. 2007. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/289/Os+contornos+jurídicos+da+responsabilidade+afetiva+>>>. Acessado em: 29 de agosto de 2019.

IBDFAM. **Teoria da perda de uma chance em casos de abandono afetivo**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2012. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4939/novosite>>. Acessado em: 12 de agosto de 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

KASLOW, FW. **Families and Family Psychology at the Millenium**. American Psychologist. 2002, 56(1):37-46.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do II Congresso

Brasileiro de Direito de Família – família e cidadania – O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 91.

LOPES, Rosamaria Novaes Freire. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. Direito Net. 2007. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3861/Responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>>. Acessado em: 08 de agosto de 2019.

MACKLIN, ED. **Nontraditional family forms: A decade of research**. Journal of Marriage and the Family, 1980; 4:902-922.

NUNES, Manoel; NUNES, Marlene. **Teoria da perda de uma chance: surgimento, conceito e parâmetros de aplicação**. JUS Brasil. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68559/teoria-da-perda-de-uma-chance-surgimento-conceito-e-parametros-de-aplicacao>>. Acessado em: 10 de agosto de 2019.

PASSOS MC. **Entre dois pais ou duas mães**. In: Pinto, G.C. Uma Questão de Gênero – Sexos: a trama da vida. São Paulo: Editora Duetto Editorial, 2008 p.6067.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadoras do direito de família**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. In: Responsabilidade civil no direito de família. Coord. Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa. São Paulo: Atlas, 2015, p. 401-406.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade Civil Pela Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas S.A., 2013. p. 13.

PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 238f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-06062013-135843/pt-br.php>>. Acessado em: 31 de agosto de 2019.

SAVI, Sergio. Apud ARAÚJO. Delvaney. **A Responsabilidade Civil Advinda da Perda de uma Chance**. In Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. N. 15, 2010. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2010, p. 261.

SERRA, Leila Maria Chagas. **Abandono afetivo no âmbito da responsabilidade civil subjetiva: violação ao dever legal de cuidar e de agir**. Revista IBDFAM: Famílias e sucessões. V. 28. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

SILVA, Taynara Larissa da; DIAS, Feliciano Alcides. **A teoria da perda de uma chance: critérios de aplicação e breve análise acerca da recente admissão doutrinária e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista da Esmesc, v. 23, n. 29, p. 83-104, 2016.

Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1.159.242/SP**. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, *DJe* 10/05/2012.

TARTUCE, Flávio. **Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira**. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>>. Acessado em: 15 de agosto de 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio**. In: Temas de direito civil. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovas, 2003, p. 372-373

TORRES, Felipe Soares; PEREIRA, Agnoclébia Santos. **O dano decorrente da perda de uma chance**: questões problemáticas. Revista dos Tribunais. V. 958, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.958.02.PDF>. Acessado em: 08 de agosto de 2019.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 408.550-5 da Comarca de Belo Horizonte**. Sétima Câmara Cível. 2012. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7608/9/TJMG%20Apelação%2010720090527279001.pdf>>. Acessado em: 28 de agosto de 2019.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 0087881-15.2017.8.21.7000**. Porto Alegre. Sétima Câmara Cível, Rel^a Des^a Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em 31/05/2017, *DJERS* 06/06/2017.

Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n. 408.550-5**, rel. Unias Silva, 7ª Câmara Cível, j. em 1-4-2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **A responsabilidade dos pais pelos filhos menores**. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-mai-05/responsabilidade_pais_pelos_filhos_menores>. Acessado em: 14 de setembro de 2019.

VITAL, MS. **A família e sua projeção frente aos direitos humanos internacionais**. Artigo apresentado no curso de Direitos Humanos Internacionais – JEP. Projeto de Jurisprudência da Igualdade. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Mato Grosso. 2002.