

**Doutrina/A Teoria da Perda de uma Chance Aplicada ao Direito de Família:  
Utilizar com Moderação /Cristiano Chaves de Farias**

---

**A Teoria da Perda de uma Chance Aplicada ao Direito de Família: Utilizar com Moderação**

Cristiano Chaves de Farias

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia; Mestre em Ciências da Família na Sociedade Contemporânea pela UCSal - Universidade Católica do Salvador; Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito (Graduação e Pós-Graduação) e do JusPODIVM - Centro Preparatório para as Carreiras Jurídicas; Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Civil do Curso JusPODIVM; Presidente da Seccional da Bahia do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM.*

Artigo publicado na Revista Magister de Direito das Famílias e Sucessões nº 7 -  
Dez/Jan de 2009

"Tente,  
não diga que a vitória está  
perdida,  
Se é de batalhas que se vive  
a vida  
Tente outra vez"  
(Raul Seixas, *Tente outra  
vez*)

**SUMÁRIO:** 1 Colocação do Problema: a Constitucionalização dos Institutos do Direito Civil e as Novas Feições Resultantes; 2 A Teoria da Perda de uma Chance como Materialização do Novo Direito da Responsabilidade Civil; 3 A Aplicação da Teoria da Perda de uma Chance nas Relações de Família e a Natural Limitação a Ser Imposta; 4 Achegas para a Caracterização da Perda de uma Chance no Direito de Família; 5 Notas para a Aferição do *Quantum* Reparatório por Perda de uma Chance nas Relações Familiares; 6 À Guisa de Arremate: Lineamentos para a Perda de uma Chance nas Relações Familiares. Referências.

**RESUMO:** O presente artigo investiga os contornos da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no âmbito do Direito de Família. O objetivo deste trabalho consiste, precisamente, em assegurar a possibilidade desta aplicabilidade à luz da ampla proteção da pessoa humana e da conseqüente integral reparabilidade dos danos a ela causados, valores previstos pela Lex

Fundamentallis como garantias constitucionais. Analisando-se a referida teoria, afirma-se a necessária configuração do dano somente nos casos em que haja a perda razoavelmente provável da chance de obter-se uma vantagem ou de evitar-se um prejuízo, o qual deverá decorrer da prática de um ato ilícito e que, cumpre lembrar, não se confunde com a categoria dos lucros cessantes. E, o fundamental, adverte-se para a necessidade de se adequar essa doutrina ao Direito de Família, uma vez que esse ramo do direito estrutura-se em torno da proteção de um valor jurídico muito peculiar: o afeto.

*Palavras-chave:* Indenização; Danos; Oportunidade; Subtração; Afeto.

## **1 Colocação do Problema: a Constitucionalização dos Institutos do Direito Civil e as Novas Feições Resultantes**

A influência dos valores e garantias constitucionais incide, identicamente, sobre a responsabilidade civil, descortinando aos nossos olhos (alguns ainda atônitos pela velocidade com que surgem estes novos referenciais) novas feições e novas cores, tons e matizes para situações jurídicas consagradas em nosso ordenamento.

As cláusulas gerais de *dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º, III), de *solidariedade social e erradicação da pobreza* (CF, art. 3º, III), de *igualdade substancial e de liberdade* (CF, arts. 3º e 5º) modelam as normas infraconstitucionais com um novo conteúdo e, em razão disso, trazem importantes efeitos práticos, alcançando situações nunca antes imaginadas, como consectário da ampliação da proteção avançada e prioritária da *pessoa humana*.

Com aguçado senso crítico, Luís Roberto Barroso já apregoa de há muito: "a verdade, no entanto, é que a preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com a sua efetividade, incorporou-se, de modo natural, à prática jurídica brasileira pós-1988. Passou a fazer parte da pré-compreensão do tema, como se houvésemos descoberto o óbvio após longa procura. A capacidade - ou não - de operar com as categorias, conceitos e princípios de direito constitucional passou a ser um traço distintivo dos profissionais das diferentes carreiras jurídicas. *A Constituição, liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. Sua supremacia, antes apenas formal, entrou na vida do país e das instituições*"<sup>1</sup>.

Assim, torna-se fácil reconhecer que a Constituição da República de 1988 promoveu uma verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, a partir da afirmação da *cidadania* como elemento propulsor, influenciando, sobremaneira, toda a construção e formulação dos institutos do Direito Civil.

Aliás, a partir da incontroversa supremacia constitucional é possível antever a necessidade de: a) releitura de conceitos e institutos jurídicos clássicos (dentre os quais, a família e a responsabilidade civil), b) elaboração e o desenvolvimento de novas categorias jurídicas (não mais neutras e indiferentes, porém dinâmicas, vivas, presentes na vida social, como no exemplo do reconhecimento, como entidade familiar, das uniões entre pessoas do mesmo sexo) e c) interação estreita entre diferentes campos da ciência jurídica (o que implica na definitiva superação da velha dicotomia do direito em público e privado)<sup>2</sup>. Dúvida inexiste, pois, de que o Direito Constitucional afastou-se

da ciência política, avizinhando-se das necessidades humanas reais, concretas, procurando afirmar uma fecunda teoria constitucional.

Nesta linha de intelecção, reconheça-se que o conceito de *cidadania* é, efetivamente, o motor de impulsão que projeta a dimensão da pessoa humana em seus valores e direitos fundamentais. Não mais, porém, compreendida como um simples sujeito de direitos virtuais, porém como titular de um arcabouço de valores mínimos, fundamentais, que lhe permita exercer uma *vida digna*, a partir da *solidariedade social*, da *liberdade* e da *isonomia substancial*. Velhos institutos (como a propriedade, o contrato, a família e a responsabilidade civil) cedem espaço para novos valores, trazidos pela brisa segura e agradável do modelo social estabelecido pela Constituição. Enfim, o Direito Civil mudou, e para muito melhor, sendo mister navegar por seus mares, revisitando seus institutos fundamentais.

O Direito da Responsabilidade Civil, assim, não escapa desta vinculação constitucional, submetido todo o seu tecido infraconstitucional ao garantismo implementado pela Lei Maior e apresentando, como reflexo disso, novas situações - merecedoras de tutela jurídica especial - implicando, inclusive, no reconhecimento de novos institutos e categorias.

Nas palavras certeiras de Rafael Peteffi da Silva, "o novo paradigma solidarista, fundado na dignidade da pessoa humana, modificou o eixo da responsabilidade civil, que passou a não considerar como seu principal desiderato a condenação de um agente culpado, mas a reparação da vítima prejudicada. Essa nova perspectiva correspondente à *aspiração da sociedade atual no sentido de que a reparação proporcionada às pessoas seja a mais abrangente possível*"<sup>3</sup>.

De um lado, com a garantia de proteção avançada da pessoa humana, ampliam-se as hipóteses de cabimento indenizatório, aumentando o grau e o volume das reparações civis por violação dos diferenciados aspectos componentes da personalidade humana. Ou seja, existindo novos direitos e interesses tutelados, naturalmente, há uma ampliação no espectro de cabimento da reparação de danos. De outra banda, os tradicionais filtros da responsabilidade civil (ou seja, os seus clássicos pressupostos de conduta, culpa, dano material e/ou moral e nexos de causalidade direto e imediato) começam a ruir em face da existência de novas situações descortinadas contemporaneamente que não conseguem estar tuteladas de maneira efetiva e eficaz através das lentes clássicas da ciência de reparação de danos.

De maneira exemplificativa, é possível suscitar a mitigação do duro conceito de nexos causal exigido pelo art. 403 do Código Civil, permitindo que sejam indenizáveis determinados *danos injustos* ainda que não decorrentes de maneira *direta e imediata* da conduta pressuposta. Isto porque, inexoravelmente, exigir um rigoroso nexos de causalidade para toda e qualquer indenização pode inviabilizar a proteção avançada da pessoa humana.

É nesse desenho que surge a *teoria da perda de uma chance*, cuja aplicabilidade ao Direito de Família aqui se defende com contornos bem definidos, adequando-se às peculiaridades deste ramo cuja base fundante é o afeto.

## 2 A Teoria da Perda de uma Chance como Materialização da Constitucionalização do Novo Direito da Responsabilidade Civil

Engendrada no direito francês, a perda de uma chance (ou *perte d'une chance*, como querem os franceses, ou mesmo *loss of a chance*, no dizer dos ingleses) já é reconhecida no sistema jurídico brasileiro, ganhando a simpatia da doutrina<sup>4</sup> e da jurisprudência<sup>5</sup>.

Trata-se de uma modalidade autônoma e específica de dano, caracterizada pela indenizabilidade decorrente da subtração da oportunidade futura de obtenção de um benefício ou de evitar um prejuízo. Enfim, é a perda de uma verossímil oportunidade de lograr uma vantagem futura ou impedir uma perda<sup>6</sup>.

A perda de uma chance, assim, é uma nova concepção de dano indenizável, pelo qual se admite a reparabilidade, independentemente da certeza de um resultado final, da subtração de uma oportunidade futura.

É preciso cuidado, porém, para não confundir a perda de uma chance com os lucros cessantes (espécie de dano patrimonial, consistente na perda certa e incontroversa de um bem jurídico que iria se incorporar ao patrimônio do titular). É que o dano patrimonial é a subtração objetiva de um bem jurídico materialmente apreciável. A outro giro, a perda de uma chance é uma probabilidade suficiente e mínima de obtenção de um benefício, caso não tivesse sido subtraída uma oportunidade. De mais a mais, a perda de uma chance pode estar correlacionada a um dano não aferível patrimonialmente, diversamente dos lucros cessantes, cuja certeza da frustração de uma vantagem patrimonial futura deflui da leitura do comando 403 do *Codex*.

Enfim, o que se indeniza na perda de uma chance não é a vantagem esperada (que, sem dúvida, é dotada de incerteza), mas a frustração da oportunidade de obter a vantagem, no futuro, ou mesmo de evitar um prejuízo.

Bem explica Adriano de Cupis:

"Indenizando a perda de uma chance não são violadas as regras segundo as quais o dano deve ser certo para que possa ser levado em consideração pelo direito. De fato, vale repetir, em tais hipóteses não se indeniza a perda de um resultado favorável, mas uma coisa completamente diversa, isto é, se indeniza apenas a perda daquela possibilidade atual de conseguir aquela determinada vantagem."<sup>7</sup>

A título ilustrativo, vale encalamistrar três hipóteses: i) candidato a um concurso público que, antes da última etapa do certame, é atropelado quando se encaminhava para o prédio onde se realizaria a prova; ii) advogado que perde um prazo recursal em ação de cobrança, na qual o cliente esperava ver reconhecido o seu crédito; iii) transportadora que não entrega um cavalo de corrida, obstando a participação do animal em um grande prêmio, no qual era favorito<sup>8</sup>. Outros exemplos são construídos pela doutrina italiana: o jôquei que não chega a tempo para montar o cavalo de corrida favorito para um grande prêmio, a empresa de correios que extravia um quadro que participaria, com grandes chances, de um concurso de artes e mesmo o advogado que deixa transcorrer *in albis* o prazo recursal, privando o seu cliente da possibilidade de reforma da decisão que lhe foi desfavorável<sup>9</sup>.

Não é despidiendo registrar que o acatamento da teoria da perda de uma chance como

uma categoria autônoma de dano no âmbito do Direito de Responsabilidade Civil implica, automática e seguramente, em redefinir os seus quadrantes, flexibilizando o conceito de nexos de causalidade (mitigando a dureza do art. 403 da Lei Civil), bem como renovando a própria conceituação de dano indenizável.

A tese é sedutora e vem, inclusive, merecendo guarida jurisprudencial, sendo válido transcrever acórdão do Superior Tribunal de Justiça em que se indenizou a perda de uma chance no jogo televisivo *Show do Milhão*, do Sistema Brasileiro de Televisão, por ter sido formulada uma pergunta, ao participante do programa, sem a resposta correta correspondente. Veja-se:

"IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 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.*" <sup>10</sup> (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp 788.459/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 08.11.05, DJU 13.03.06, p. 334)

Ora, sem dúvida a preocupação constitucional com a proteção avançada da pessoa humana e com a plena e integral reparabilidade dos danos serve como fonte justificadora da tese da perda de uma chance, embasando a sua admissibilidade, através da mitigação da dureza do nexos de causalidade e da redefinição do conceito de dano. Como bem explica Felipe Peixoto Braga Netto, flexibilizando a percepção tradicional sobre o nexos causal direto e imediato, a perda de chance admite que o dano venha a consistir "na destruição de uma possibilidade de ganho, a qual, embora incerta, apresenta contornos de razoabilidade" <sup>11</sup>.

Essa captação de valores constitucionais, através da perda de uma chance, é a comprovação definitiva de que as situações subjetivas do direito privado devem ser analisadas em conjunto e não mais isoladamente, como ocorria antes da Constituição da República de 1988. É que a citada teoria serve como fundamentação suficiente para explicitar a ocorrência de um *dano injusto*, digno de reparação civil, pela confluência da dignidade humana e da solidariedade social <sup>12</sup>.

### **3 A Aplicação da Teoria da Perda de uma Chance nas Relações de Família e a Natural Limitação a Ser Imposta**

Por lógico, a teoria da perda de uma chance encontra espaço fecundo para a sua aplicabilidade, também, no âmbito das relações familiares, respeitados os seus parâmetros elementares.

Com efeito, no campo das relações afetivas e patrimoniais de família é possível a prática de determinadas condutas, comissivas ou omissivas, que impliquem em subtrair de alguém oportunidades futuras concretas de obter situações favoráveis de conteúdo econômico, ou não - o que viabiliza o reconhecimento da perda de uma chance.

Desse modo, admite-se, hipotética e exemplificativamente, a perda da chance de obter alimentos futuros, quando o devedor da prestação (o alimentante) é vítima de ato ilícito

que impossibilita o cumprimento da obrigação<sup>13</sup>.

Na jurisprudência francesa já se admitiu, em situação específica, o dano à vida de relacionamento sexual (*préjudice d'agrément*), também designado como *dano sexual*, consistente na frustração de um cônjuge pela perda da capacidade sexual do outro convivente (afora o dano moral e/ou material devido à pessoa prejudicada)<sup>14</sup>. Os contornos da indenização são, sem dúvida, bem próximos da perda de uma chance.

Outro campo fecundo, dentro das relações familiares, para a perda de uma chance seria o âmbito filiatório, admitindo-se a hipótese de um dano injusto causado pela não informação por parte da genitora ao pai acerca da gravidez e do posterior nascimento de um filho, frustrando a convivência entre paterno-filial e todos os efeitos (inclusive psicológicos) dela decorrentes.

Em interessante obra escrita com o traço multirreferencial sincrético decorrente da simbiose entre a Psicanálise e as Ciências Jurídicas, Fernanda Otoni de Barros faz menção, dentre outros, a um caso que serve, perfeitamente, à provocação quanto à incidência da perda de uma chance. Trata-se de situação na qual uma mãe delibera por não revelar ao genitor a sua gravidez, optando por casar com outro homem, com quem também mantinha relacionamento afetivo. Somente anos após o matrimônio revela a situação aos interessados, quando, segundo a narrativa, já estavam alinhados todos os elementos caracterizadores da paternidade sócio-afetiva entre o pai registral e a criança. Assim, restava frustrada a vontade do genitor em assumir a condição de pai, em todos os sentidos, em face da peculiaridade do caso e do melhor interesse da criança<sup>15</sup>.

Outra situação ilustrativa da aplicação da tese pode ser imaginada, na mesma seara filiatória, com a possível ocorrência de um aborto sem a informação ou o consentimento do outro genitor, frustrando a concretização da paternidade.

Todavia, há de se estabelecer um limite na aplicação da teoria em sede familiarista, consistente em não caracterizar a perda de uma chance eventuais rupturas de vínculos afetivos, decorrentes de manifestações volitivas das partes. Dar e receber afeto é ato de vontade (aliás, da mais pura vontade!), não se podendo falar em frustração de suposta vantagem pela simples retratação do desejo de bem-querer e manter projetos de vida em comum.

Não se pode, pois, admitir que a pura e simples violação de *afeto* enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta caracterizar-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes. Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o *ter* valia mais do que o *ser*.

Em verdade, destarte, as peculiaridades próprias do vínculo familiar não admitem a incidência pura e simples das regras da responsabilidade civil, exigindo uma filtragem, sob pena de desvirtuar a natureza peculiar (e existencial) da relação de Direito de Família. Exatamente por isso, a aplicação das regras da responsabilidade civil, inclusive a teoria da perda de uma chance, na seara familiar depende da ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado. A simples violação de um dever decorrente de norma de família (como o dever de afeto) não é idônea, por si só, para a reparação de um

eventual dano. Nessa trilha, a eventual negativa de afeto, bem como a prática de um adultério, isoladamente, não são suficientes para gerar danos indenizáveis<sup>16</sup>.

Bem retrata esta situação Luciano Chaves de Farias, em artigo dedicado ao tema, em lúcidas palavras:

"Destarte, a falta de amor e de afeto são motivos mais do que justos e suficientes para o rompimento de um relacionamento. Não é razoável, nem harmônico, com a concepção moderna e constitucional da família querer o Estado-Juiz penalizar alguém pelo fim do afeto, pelo desamor... O Judiciário não deve (e nem pode) querer obrigar alguém a amar ou manter um relacionamento afetivo. É certo que nenhuma finalidade positiva será alcançada com a condenação em danos morais daquele que rompe a relação. Por estar pautada em sentimentos, uma relação pode vir a sofrer as conseqüências das oscilações sentimentais, típicas da sociedade humana. Qualquer pessoa que inicie um relacionamento deve estar ciente de que os sentimentos podem não ser correspondidos, existindo vários *riscos* de decepções e frustrações. São *riscos* inerentes ao namoro, ao noivado, ao casamento, são os *riscos* da ruptura integral."<sup>17</sup>

A orientação do Superior Tribunal de Justiça, inclusive, caminha nesse sentido, rejeitando a idéia de que a negativa de afeto, por si só, ensejaria um dano indenizável: "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" (STJ, Ac. 4ª T., REsp 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29.11.05, DJU 27.03.06, in *RBDFam* 35:91).

De igual modo, não implica em dano moral ou perda de uma chance (conquanto possam produzir outros efeitos regulados pela norma de Direito de Família) a recusa ao ato sexual entre cônjuges e companheiros ou a prática, entre eles, de atos sexuais pouco convencionais<sup>18</sup> ou mesmo o abandono do lar.

Seguindo esse mesmo rumo, não parece possível imaginar, na seara do Direito de Família, a perda de uma chance decorrente da simples ruptura de um vínculo de noivado (quebra dos esponsais) ou mesmo de união matrimonial ou convivencial<sup>19</sup>, como se uma frustração futura houvesse decorrente da mera dissolução de uma possibilidade afetiva.

É que em tais situações não se vislumbra a frustração de uma vantagem futura (a propósito, qual seria o "benefício", patrimonial ou não, em ser casado?), mas sim um mero exercício de um direito constitucionalmente assegurado, como garantia fundamental inclusive, que é a *liberdade*. Casar - assim como não permanecer casado<sup>20</sup> - constitui a simples projeção da garantia de liberdade de autodeterminação (afetiva), sendo ato de livre escolha, razão pela qual a simples ruptura de esponsais não constitui, por si só, um dano indenizável ou a frustração de uma chance futura. Nessa ordem de idéias, bem apregoa Luiz Roldão de Freitas Gomes ser o casamento "um ato de livre querer, por excelência, e o período de noivado se destina exatamente à verificação, para os noivos, da vocação a celebrá-lo. Seu desfazimento é, pois, natural se um deles não admite ser o outro o parceiro de uma convivência voltada a durar". E dispara: "*deve-se-lhe permitir retratar*"<sup>21</sup>.

E disso não discorda Luciano Chaves de Farias, asseverando, não sem razão, que o

"debate sobre os 'motivos justos' para o rompimento das relações afetivas (em especial o noivado) é totalmente inócua e despiciendo, pois *na era da tutela dos direitos fundamentais e da efetivação de princípios constitucionais, como os da dignidade da pessoa humana e da liberdade, torna-se retrógrada a idéia de exigir qualquer motivo justificado para o rompimento*. Querer cobrar daquele que rompe uma relação afetiva uma apresentação de motivos justos para isentá-lo da obrigação de reparação dos danos morais significa retroagir à filosofia do Direito Romano, onde as 'arras esponsalícias' serviam como garantia contra o rompimento do noivado e para punir o nubente responsável pela cisão. Os únicos motivos que devem prevalecer para manter duas pessoas unidas em laços familiares são o *amor* e o *afeto*. Caso esses venham a acabar (ou até mesmo se descubra depois que eles nem chegaram a existir efetivamente) não há mais por que se manter a união. Destarte, a falta de amor e de afeto são motivos mais do que justos e suficientes para o rompimento de uma relação. Se não for assim, os nubentes (ou os companheiros de um modo geral) se tornarão reféns de certos acontecimentos (os famigerados motivos justos), ficando aprisionados em relacionamentos de fachada"<sup>22</sup>.

Com o mesmo sentir, a jurisprudência vem se manifestando, como se pode notar:

"DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. ROMPIMENTO DE NOIVADO PROLONGADO. 1. Não se pode desconhecer que inúmeros fatos da vida são suscetíveis de provocar dor, de impor sofrimento, nem se olvida que qualquer sentimento não correspondido pode produzir mágoas e decepção. E nada impede que as pessoas, livremente, possam alterar suas rotas de vida, quer antes, quer mesmo depois de casadas. 2. Descabe indenização por dano moral decorrente da ruptura, quando o fato não é marcado por episódio de violência física ou moral e também não houve ofensa contra a honra ou a dignidade da pessoa. 3. Não tem maior relevância o fato do namoro ter sido prolongado, sério, ter havido relacionamento próximo com a família e a ruptura ter causado abalo emocional, pois são fatos próprios da vida." (TJRS, Ac. 7ª C.Cív., ApCív 70012349718, Comarca de Santa Maria, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 07.12.05, DJRS 15.12.05)

De fato, no que diz respeito ao insucesso de um projeto afetivo, é mais razoável lembrar o trecho musical que já vaticinava: "tente outra vez...".

Por outro turno, se algum dano eventualmente pode defluir da ruptura de um noivado, quando comprovados os pressupostos da responsabilidade civil (o que é de difícil demonstração no caso concreto, averbe-se), por certo, será de ordem patrimonial (dano emergente resultante das despesas com a festa, por exemplo) ou mesmo de cunho extrapatrimonial (como os danos morais sofridos pela noiva que ficou esperando, em vão, no altar...). Por isso, seguramente, não se poderá falar em perda de uma chance.

#### **4 Achegas para a Caracterização da Perda de uma Chance no Direito de Família**

Para o reconhecimento da perda de uma oportunidade em sede familiarista (como sói ocorrer noutros quadrantes), é mister sublinhar a obrigatoriedade de que estejam presentes os pressupostos comuns da responsabilidade civil (ou seja, conduta, culpa, dano e nexo de causalidade).

Nesse diapasão, esclarece Rafael Peteffi da Silva que a reparabilidade da perda de uma

chance "não escapa das condições elementares de direito comum, como a prova do dano e do nexa causal". Por isso, "é absolutamente necessário que o demandante comprove a perda da vantagem sofrida, indicando as probabilidades sonegadas pelo ato culposo do ofensor" <sup>23</sup>.

Diante disso, somente quando a vítima experimentar um prejuízo decorrente (causalidade necessária) de um fato culposo praticado por outrem é que se poderá falar em reparação de danos por perda de uma oportunidade.

Outrossim, frise-se a necessidade premente de que a chance subtraída seja *séria e real* <sup>24</sup>, não podendo constituir-se em mera esperança ou expectativa remota. Nesse particular, vale assinalar que a seriedade da chance perdida é questão muito mais atinente ao grau de probabilidade do que, especificamente, à sua natureza, sendo possível afirmar que, genericamente, é séria e real a oportunidade que proporciona à vítima condições concretas e efetivas de obtenção (realização) da situação futura esperada.

Com isso, fácil é depreender que somente no caso concreto se pode definir se as chances eram, efetivamente, sérias e reais. E, por evidente, o referencial mais preciso para o reconhecimento da seriedade, ou não, destas chances futuras é a *razoabilidade*. Nessa ordem de idéias, Sérgio Cavalieri Filho esclarece que a perda de uma chance depende da comprovação de que se tratava "de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. Aqui também tem plena *aplicação o princípio da razoabilidade*" <sup>25</sup>.

Aliás, convém salientar a importância da *razoabilidade* para a argumentação jurídica, ligando-se estreitamente ao *bom senso*, conformando um juízo de valor de conceitos indeterminados para a obtenção de soluções nos casos concretos <sup>26</sup>.

Fundado em tais argumentos, Sérgio Savi propugna a idéia de que "somente será possível indenizar a chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50%. Caso contrário, deve-se considerar não produzida a prova da existência da chance e o juiz será obrigado a julgar improcedente o pedido de indenização" <sup>27</sup>.

Nessa linha de raciocínio, se a probabilidade de se obter um resultado favorável com a perspectiva frustrada não é razoável, afasta-se a incidência da perda de uma chance. Somente quando a probabilidade é representativa (razoável), será possível admitir a incidência da tese <sup>28</sup>.

Exige-se mais: é preciso, ainda, uma correlação entre o ato ilícito praticado e a subtração da oportunidade, de modo que uma decorra do outro.

Nessa ordem de idéias, afasta-se, definitivamente, um caráter hipotético, remoto, imaginário, da teoria da perda de uma chance, que poderia descambar em alegação de violação da proibição enriquecimento sem causa, erigida como fonte das obrigações e princípio do direito negocial brasileiro (CC, arts. 884-5).

Em suma, somente quando presentes os elementos da responsabilidade civil (conduta, culpa, dano e nexa causal) e explicitado um grau concreto de probabilidade de um resultado é que se vislumbra a possibilidade de reparação de danos por perda de uma chance, inclusive nas relações familiares.

## 5 Notas para a Aferição do *Quantum* Reparatório por Perda de uma Chance nas Relações Familiares

É mister deixar claro, outrossim, que a chance futura reparável pode ser, ou não, de conteúdo patrimonial. Até porque o que se indeniza é a perda da oportunidade futura e não os ganhos perdidos - o que caracterizaria a reparação de danos materiais por lucros cessantes<sup>29</sup>. E é exatamente por isso que a perda de uma chance pode estar cumulada, inclusive, com pedido de danos materiais e/ou extrapatrimoniais (morais), decorrentes da violação do patrimônio ou mesmo da personalidade da vítima.

A partir destas idéias gerais, infere-se, então, que o valor da indenização por perda de uma chance deve ser fixado tendo em mira o grau de probabilidade da chance subtraída, analisado por um fator sério e real<sup>30</sup>.

Isto é, utiliza-se um critério de *grau de probabilidade* de obtenção do resultado frustrado - a partir da ótica da lógica do razoável -, tomando por norte a verossimilhança. Sempre afastando qualquer indagação a respeito do resultado específico decorrente da vantagem frustrada.

Como já estão pontuando os julgados sobre a matéria, "a certeza quanto à existência do dano, presente ou futura, exigida como requisito de sua reparabilidade, não deve ser enfocada de forma absoluta, pois entre o dano certo, indenizável sempre, e o dano eventual, não ressarcível, situa-se a denominada *perda de uma chance*, mas a pretensão indenizatória, pela perda de uma chance, *nasce da probabilidade de ganho na hipótese de conduta diversa do terceiro*, não bastando a mera possibilidade" (TJRS, Ac. 9ª C.Cív., ApCív 598310571, Relª Desª Mara Larsen Chechi, j. 07.04.99).

Aliás, convém destacar que este *quantum* reparatório deverá ser fixado por arbitramento judicial, de forma equitativa pelo magistrado, considerando o grau (volume) de possibilidades reais de concretização para a vítima do resultado que lhe foi subtraído a partir da chance perdida. Tudo em conformidade com a lógica do razoável.

Sobreleva, pois, ao magistrado ter, na tela da imaginação, a álea contida na chance perdida, tomando-a como ponto de referência para o cálculo do valor indenizatório a ser fixado em sua decisão. Com este espírito, na hipótese do advogado que, culposamente, perde um prazo, subtraindo do seu cliente a oportunidade de reverter uma decisão desfavorável, tem de se levar em conta o grau de probabilidade de vitória na demanda. Tal critério, inclusive, respeita a regra da *reparação integral*, na medida em que está sendo indenizada a probabilidade de obtenção da vantagem esperada. Não se pode perder de vista que, se o resultado frustrado fosse certo e indubitável, não se trataria de perda de uma chance, mas de reparação de dano material por lucros cessantes<sup>31</sup>.

Em síntese: o que se indeniza não é o valor patrimonial completo da chance subtraída, como se poderia supor em equívoco, porém a probabilidade de obtenção de um resultado que, embora incerto, traz um alto grau de certeza de sua obtenção.

Assim também se opera no âmbito familiarista, devendo o juiz fixar o valor indenizatório por perda de uma chance com esteio no grau de probabilidade de obtenção do resultado esperado, calculado a partir da seriedade e realidade das chances frustradas (probabilidade de a vítima obter o resultado almejado).

No particular das relações familiares, considerando que, muita vez, a oportunidade

subtraída pode não ter conteúdo econômico (o que dificulta, sem dúvida, o cálculo do *quantum* reparatório), sobreleva estabelecer como parâmetro para a fixação do valor indenizatório a probabilidade de êxito no estabelecimento da relação frustrada, submetida à razoabilidade, devendo o juiz utilizar critérios assemelhados àqueles recomendados pela jurisprudência para o arbitramento do dano moral.

Nessa linha de intelecção, deve o magistrado considerar a repercussão sócio-econômica, a condição econômica do lesante e do lesado e as circunstâncias em que ocorreu a perda de uma chance para, então, fixar o valor da indenização.

## **6 À Guisa de Arremate: Lineamentos para a Perda de uma Chance nas Relações Familiares**

Pavimentado o caminho para a admissibilidade moderada da incidência da teoria da perda de uma chance no âmbito do Direito de Família, é chegado o instante de apresentar proposições conclusivas para o seu bom manejo no cotidiano forense.

Assim, reconhecido o inexorável processo de constitucionalização das relações privadas como um todo, não de ser definidos e compreendidos os institutos da responsabilidade civil com o conteúdo determinado pelo acolhimento das garantias constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. Com isso, antigas verdades absolutas (como os conceitos de dano e de nexo de causalidade) sofrem verdadeiro abalo sísmico, reconhecida a necessidade de flexibilização da dureza gélida do imperativo nexo causal direto e imediato (CC, art. 403) e do dualismo rígido entre o dano moral e o dano material.

Mitigando os contornos dos clássicos institutos da responsabilidade civil e reconhecendo a existência de novas categorias que emergem dessa publicização do Direito Civil, depara-se com a teoria da perda de uma chance, que consagra a indenizabilidade de determinados danos que, sob o rigorismo conceitual, não se enquadrariam como danos patrimoniais ou morais, porém violam a dignidade da vítima e perturbam a solidariedade social. Justifica-se, pois, a indenizabilidade como consectário natural das garantias constitucionais.

É natural, pois, que o Direito de Família, admitida a incidência genérica dos instrumentos da Responsabilidade Civil, também conviva com tranquilidade com a perda de uma oportunidade futura.

No entanto, a aplicação da tese no âmbito familiarista depende da comprovação (a cargo da vítima) da *seriedade e probabilidade* da vantagem frustrada, sob o olhar da *lógica do razoável*. Somente os danos sérios e prováveis serão ressarcíveis pela perda de uma chance. Dano remoto, hipotético, imaginário, não é ressarcível.

Exatamente pela necessidade da comprovação dos elementos genéricos da responsabilidade civil para a admissibilidade da teoria é que não se pode olvidar, ademais, a não indenizabilidade, a título de perda de uma chance, da frustração afetiva, por não se caracterizar a ilicitude. A ruptura de um noivado (ou mesmo de uma entidade familiar) não propicia a perda de uma chance, por não haver ilicitude na conduta. Formar e manter uma entidade familiar são medidas personalíssimas, decorrentes do exercício de valores constitucionais, não possibilitando o enquadramento como fatos ilícitos.

Por isso, já se afirmou, em sede pretoriana, que "quem exerce direito seu não pratica ato ilícito de natureza alguma. Assim, o noivo que rompe o ajuste para seu casamento, rompimento, aliás, admissível até mesmo na hora deste, quando não tenha induzido a noiva a gastos despropositados, não tem a menor obrigação de indenizar a qualquer título. Noivado é compromisso de natureza puramente moral e, por isso mesmo, ao desamparo de qualquer norma jurídica. Assim, o seu rompimento, em tese, não admitirá nenhuma sanção de ordem econômico-financeira" (*Revista dos Tribunais*, 473:213).

Também é preciso muito cuidado para não confundir a perda de uma chance com "aquilo que razoavelmente deixou de lucrar", expressão utilizada pelo art. 403 do Código Civil para delimitar os lucros cessantes. Sem dúvida, a perda de uma chance não é o que se deixou de lucrar, mas o que, talvez (e muito provavelmente!), se poderia obter, afastando-se, porém, de um juízo de certeza. Se o lucro era certo, não se trata de perda de uma chance.

Estas delimitações nas latitudes e longitudes da aplicação da teoria da perda de uma chance nas relações familiares são absolutamente necessárias para que não se perca a oportunidade de defender uma aplicação coerente e racional do instituto no âmbito das relações privadas de família, sob pena de um recrudescimento posterior, inadmitindo a incidência da tese como um todo.

Enfim, tal qual a advertência posta no rótulo de uma sedutora bebida, no que tange à incidência da teoria da perda de uma chance no Direito de Família, é preciso afirmar: *usar com moderação*.

## Referências

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

-----, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio: teoria e prática à luz do novo Código Civil*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A separação judicial à luz do garantismo constitucional: a afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: Teoria Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

-----, *Direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Luciano Chaves de. Teoria do risco desautorizando a indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado e das relações matrimoniais. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, Magister/IBDFAM, n. 02, fev./mar. 2008.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SAVI, Sérgio. Inadimplemento das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

-----, *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade pela perda de uma chance e as condições para a sua aplicação. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006. v. 5.

-----, *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007.

STRECK, Lenio. O trabalho dos juristas na perspectiva do Estado democrático de direito: da utilidade de uma crítica garantista. In: *Doutrina*, n. 05, Rio de Janeiro, ID, 1996.

**Direito de Família e Responsabilidade Civil**

Ênio Santarelli Zuliani

*Desembargador da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Professor de Direito Civil na UNISEB - COC, de Ribeirão Preto-SP e do Programa de Educação Continuada e especialização em Direito GV/law.*

**Sumário:** 1. Dano em Direito de Família. 2. Rompimento de noivado. 3. Divórcio e união estável: obrigação de indenizar em caso de dissolução dos vínculos. 4. Responsabilidade pelas violações dos deveres de guarda e visitas.

### **1. Dano em Direito de Família.**

As pessoas se comportam das formas mais variadas, e essa diversificação de condutas cria os rótulos que classificam os seres humanos. Alguns são maus, egoístas e extremamente agressivos, enquanto outros, inclusive parentes próximos, são adeptos da paz e do respeito aos semelhantes. A sociedade não perdoa aos desagregadores e separa os seres imperfeitos dos que são considerados superiores, esses últimos os portadores de um senso ético exemplar, cuja vida é guiada por predicamentos morais insuspeitos. O ser superior que iniciar a leitura deste texto vai se perguntar como é possível cogitar de indenizar dano nas relações familiares, por ser inconcebível que isso ocorra dentro do lar, ponto físico do amor e do ambiente mais próximo da valorização da dignidade humana prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal.

Lastimavelmente cabe responder que as ocorrências familiares desastrosas são frequentes, denunciando a depreciação do afeto e da convivência saudável que produz a felicidade, a mais prazerosa vantagem da existência. Os conflitos familiares são agudos e quase sempre inconciliáveis, mostrando que as rupturas modificam, para pior, a vida dos envolvidos. Exatamente em virtude desse efeito devastador é que cabe advertir não serem os juízes capazes de restaurar por completo as fissuras decorrentes do desamor, das hostilidades, das violências, embora possam, pelas sentenças emitidas graças ao instituto da responsabilidade civil, restaurar as avarias, aplicando os antídotos judiciais que prometem cicatrizar as feridas, devolvendo a estima própria que fortalece.

Não há responsabilidade civil quando não existe dano a ser reparado ou compensado. O prejuízo da vítima é a consequência concreta da nocividade da conduta alheia e representa o pressuposto objetivo do dever de indenizar, tanto que o art. 186, do CC, estabelece que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que efetivamente moral, comete ato ilícito". A regra é completada pelo dispositivo que obriga o causador do dano a repará-lo (art. 927, caput, do CC) e, para fins de compreensão do nosso tema, estará quase sempre associada ao abuso de direito previsto no art. 187, do CC: "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".

Partindo da premissa de ter ocorrido, no casamento, ato ilícito que causou dano ao cônjuge inocente, a ordem jurídica dispõe de meios para compor os efeitos da ilicitude, realizando pela indenização pecuniária do dano emergente (déficit financeiro mensurável por simples cálculo devido a redução do patrimônio) a restauração econômica ou, quando houver dano moral, a compensação em dinheiro que visa contrabalançar os traumas da lesão. A ideia vitoriosa e extremamente benéfica é a de que, sendo impossível recuperar a desonra com dinheiro, ao menos se obrigue o infrator a pagar um valor que permita à vítima empregá-lo no consumo terapêutico das agruras da ilegalidade. É justamente o dano moral o ponto polêmico ou verdadeiro desafio jurídico da responsabilidade civil no direito de família, comportando, por isso, uma abordagem separada.

O dano moral, inicialmente previsto no art. 5º, V e X, da CF/88, se expandiu devido ao bom uso que dele se fez e hoje está capitulado no art. 186, do CC, bem como no art. 6º, VI, da Lei 8078/90 (que, inclusive, introduziu os danos morais coletivos e difusos). Houve uma corrida desenfreada em busca de indenizações, o que é facilmente explicável pela incompreensão jurídica de uma temática reprimida pelo sistema jurídico e pela falsa ilusão do enriquecimento (pedidos milionários), movimentação que não cabe censurar pela utilidade resultante dos cortes das demandas frívolas que alimentam a indústria do dano moral. O filtro judiciário permitiu decotar a matéria e cunhar o princípio de que mero dissabor não se indeniza, base jurídica da certeza de que justifica compensar com dinheiro somente a lesão que provoca séria e grave perturbação (mesmo que anímica) do indivíduo e da pessoa jurídica (Súmula 227, do STJ).

Atingiu-se o clímax desse correto pensamento e, salvo raríssimas exceções, não se testemunham absurdos ou heresias na aplicação do instituto. O dano moral, quando concedido, chega apresentado em sentenças fundamentadas com lógica e razão jurídica, como é exigido pelo art. 93, IX, da CF, o que ocorre também nos arbitramentos, sempre lembrado como ponto vulnerável da providência. A indenização não possui o dom de enriquecer a vítima, servindo para contemporizar os malefícios do lesado e, por outro lado, não pode ser de tão alto valor que empobreça o infrator. Busca-se e quase sempre é obtida a medida equilibrada para fazer com que o bolso do infrator pese, fator de conscientização dos riscos econômicos de se tripudiar a lei.

O dano moral é apropriado para justas reivindicações das vítimas inocentes dos ilícitos e dos abusos perpetrados nas relações familiares, atendendo ao propósito de compensar lesões a direitos de personalidade, danos estéticos e perda de uma chance, o que não se confunde com a proibição de indenizar dano futuro ou remoto. Pode ocorrer que os pais, pelos maus tratos impingidos ao filho menor ou adolescente, excedam na violência e provoquem nele mutilação ou algum outro tipo de incapacidade permanente para determinadas atividades físicas e profissionais, fato que interrompe uma carreira promissora que se iniciava e que tinha tudo para deslanchar (atleta profissional, atriz e modelo, musicista, etc). Em se confirmando que a ilicitude familiar destruiu a chance real de um projeto de vida sustentável e plenamente realizável, é permitido que se indenizem os danos íntimos da frustração de um futuro perdido. Não se cuida de indenizar sonhos impossíveis, mas, sim, de compensar os danos dessa alteração da rota prevista e alcançável sem esforço extraordinário. Evidente que se ficar provado que a pessoa mutilada ou incapacitada conseguiu mudar a sorte, eliminando o previsível

insucesso, não terá cabimento a indenização pela perda de uma chance, que é admitida apenas quando o ilícito esvazia a probabilidade verossímil da meta planejada, lançando a vítima em um caminho adverso e pontilhado de desacertos, mágoas, doenças psicossomáticas e um terrível isolamento social.

## 2. Rompimento de noivado.

O noivado é quase coisa do passado e poucos são os casais que vivem, de fato, essa fase antecedente ao matrimônio, marcada por forte aproximação deles. Os costumes foram se alterando, e a etapa do comprometimento oficioso dos futuros cônjuges perdeu a importância e o glamour, até porque os interessados, com maior senso prático, preferem a experiência da coabitação provisória, antes da solenidade nupcial, como teste mais confiável de uma adaptação. Apesar de ser pouco festiva a inserção da aliança na mão direita, o fato é que o noivado continua tendo significado no direito civil, caracterizando um compromisso que vincula determinados interesses (tutela da confiança). Não é incomum que homens e mulheres recorram ao Judiciário com queixas sobre a ruptura abrupta e imotivada do noivado, reabrindo a controvérsia sobre cabimento de indenizações.

Evidente que a discussão cabe exclusivamente em hipóteses particulares, não servindo para as passionais e pueris brigas de namorados instáveis, como Nora Grey, que, em momento de fúria, desabafou não mais querer ouvir falar em namorados pelo restante da vida: "A única serventia que um namorado tinha era partir coração" (*Crescendo*, de Becca Fitzpatrick). O direito não possui remédio para curar as dores de um caso mal resolvido, ainda que a razão do desenlace surja como leviana aos olhos de terceiros. O que interessa para a ordem jurídica tem a ver com o desfazimento inexplicado do acordo celebrado para concluir a boda matrimonial, por arrependimento serôdio do noivo ou da noiva. Essa situação desestrutura um ato de vontade que saiu da esfera subjetiva e caminhou para a concretização pela habilitação do casamento iniciada ou concluída, com serviços contratados de buffet, vestido de noiva, salão da festa e da igreja. A reviravolta obriga, inclusive, a recolher os convites expedidos e espalhados, o que, sem dúvida alguma, constitui constrangimento extraordinário.

Ninguém pode ser compelido a contrair casamento compulsório. O art. 1538, do CC, admite que possa ser suspensa a solenidade do casamento pela recusa de consentimento, o que autoriza afirmar que cabe arrependimento até o instante decisivo de afirmar o famoso "sim, eu aceito". Nesse caso ou pela ausência do arrependido, haverá de ser justificada a negativa de subscrição do ato, sob pena de constituir abuso de direito (art. 187, do CC), tipificada clara situação de constrangimento social a justificar a indenização pecuniária para abrandar o drama daquele que é abandonado no altar. Isso porque o arrependimento, que se permite, não foi exercido de maneira razoável (com maior antecedência) ou de forma menos traumática para a outra parte interessada, residindo aí a figura do abuso do direito de recusar o consentimento para o ato.

A Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça negou dano moral para a moça de Barretos, que pagou, com exclusividade, todos os gastos para a cerimônia, sendo surpreendida, menos de quinze dias da data do casamento, por um telefonema evasivo eliminando tudo. Houve um debate intenso na sessão de conferência de votos e, ao final, prevaleceu, contra a posição deste que escreve essas linhas, que cabia ao ex-

noivo pagar somente metade das despesas adiantadas pela mulher. Entendi que não é lícito o arrependimento na antevéspera, por telefone e sem uma causa (sequer desamor o arrependido foi capaz de mencionar), quando ele, ao assinar a habilitação de casamento e consentir com todos os preparativos, conduziu a mulher a crer na oficialização. Também considerei equivocado, respeitado o entendimento dos meus ilustres colegas, repartir as despesas realizadas pela noiva, devido a constituir inadimplemento culposo do varão, que, com isso, responde pelos danos que a mulher suportou, inclusive porque não são aproveitáveis os produtos dos serviços contratados, sendo impensável cogitar de utilização do vestido de noiva para outro e incerto consórcio. Os presentes que os convivas ofertaram para os noivos serão devolvidos, nos termos do art. 546, do CC.

As posições divergentes revelam que se está longe de uma unanimidade e, evidentemente, somente as circunstâncias do caso concreto definem a existência de dano moral indenizável em prol daquele que suporta todo o peso do arrependimento tardio, sendo importantíssimo que o juiz conheça os detalhes da vida contemporânea da pessoa rejeitada, porque a repercussão é de maior ou de menor intensidade diante da publicidade e da importância social que se concede ao cerimonial frustrado. Uma festa de poucos convidados a ser realizada em um grande capital terá o resultado adverso pouco comentado, o que repercute no aspecto da honra objetiva, enquanto, em uma cidade do interior, que cultiva a cerimônia como um acontecimento festivo socialmente valorizado, provoca humilhação maior a quem sobra o difícil mister de explicar o inexplicável para os amigos, parentes e conhecidos. Não é razoável considerar que uma confusão desse gênero cause mero dissabor e que obrigue a aceitar a ruptura como evento natural e previsível (risco da relação). Aceitar esse frágil argumento significa ignorar o estado de ânimo afetado da vítima (honra subjetiva), patrimônio moral tutelável.

### **3. Divórcio e união estável: obrigação de indenizar em caso de dissolução dos vínculos.**

A partir da EC 66/2010, alterando a redação do art. 226, § 6º, da CF (o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio), surgiram manifestações no sentido de ter sido banida a culpa como razão ou fundamento para dissolver casamentos. Esses comentários buscam sensibilizar os operadores jurídicos de ser o debate sobre a culpa um mal inútil, devido a ser possível alcançar, sem identificar culpados e estigmatizá-los, os mesmos resultados a que se chega sacrificando os infratores. Esse discurso charmoso não impressiona os destinatários (cônjuges inocentes), sendo que eles, nem sempre movidos por revanchismo ou outro sentimento vil, procuram, nas entranhas dos ordenamentos, os textos que definem as garantias de seus direitos, diante da falência matrimonial derivada de conduta desonrosa.

O divórcio desburocratizado é uma realidade que chegou em bom momento, preenchendo um vazio produtor de instabilidades sociais. Todos perseguem um relacionamento duradouro e completo em termos de satisfações conjuntas e nem sempre conseguem, o que é bem compreensível diante das dificuldades com os desafios da rotina, a qual enfraquece o mais nobre e vigoroso dos sentimentos. Os divórcios são celebrados quase na mesma proporção em que os casamentos se realizam, o que prova que a dissolução do vínculo não é encarada como problema, mas, sim, solução por

abrir, pelo desatar dos laços, oportunidades para novos relacionamentos. Porém, facilitar o divórcio não significa dizer que os abusos e as ilicitudes dos cônjuges estão liberados, como se o mais importante para a família passasse, doravante, a ser o instituto do divórcio vazio ou cheio de vilipêndios.

Todo o cônjuge que se sentir traído ou ofendido por condutas consideradas desonrosas (art. 5º, caput, da Lei 6515/77 e art. 1573, do CC) poderá exigir que o juiz decrete o divórcio com reconhecimento e declaração da culpa, e não há motivo plausível para que se decomponha esse processo, como está sendo advogado pelos doutrinadores que, adeptos da solução dinâmica para o divórcio, consideram que o cônjuge deverá ajuizar duas ações distintas, sendo uma para obter o divórcio e outra para discutir a culpa como objeto de regulamentação dos alimentos e de direitos que versem o nome. O ideal é concentrar, unificar e economizar procedimentos para celeridade, o que se obtém eliminando ações paralelas que só dificultam a marcha em frente do processo civil e, por isso, considero que o juiz deve admitir que se promova a ação de divórcio, com denúncia de violação dos deveres do casamento, em um só libelo, lembrando que, para o caso de urgência da dissolução, nada obsta que se antecipe a sentença (art. 273, do CPC), de modo a resguardar as faculdades civis dos litigantes. Não é razoável obrigar o cônjuge a protocolizar duas petições, sendo uma para obter o divórcio e outra para alimentos por ser inocente e dependente econômico (art. 1694, do CC).

A obrigação de indenizar decorre da violação dos deveres do casamento e dos efeitos do ato lesivo. O casamento não exonera ninguém do dever fundamental de não lesar outrem, e não é possível entender que a ofensa física praticada fora do lar produz o dever de indenizar, enquanto a mesma atitude ofensiva cometida no recesso do lar não o faz. Isso é absurdo e convém apenas admitir que talvez exista uma certa dificuldade em provar a ilicitude, como reclama o art. 333, I, do CPC, sabido que a responsabilidade por ofensas físicas ou verbais é de ordem subjetiva. Portanto e que não paire dúvida: a responsabilidade civil estendeu o seu manto protetor para as relações de família e deve atuar prontamente para reparar o dano injusto.

O cônjuge prejudicado deverá ajuizar ação de indenização concomitante com o divórcio ou separação, e adianto minha discordância sobre a afirmação de não existir mais o instituto da separação judicial ou consensual. Essa é outra interpretação que precisa ser analisada com cautela, visto que os cônjuges poderão optar pela separação e não o divórcio, e não cabe ao juiz intervir para determinar o que é melhor para eles, sabido que o art. 1513, do CC, estabelece que ser "defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família". Tenho ouvido de colegas que a separação não produz resultado útil, o que explicaria indeferimento e extinção de tal processo se os postulantes não optassem pelo divórcio, e fico imaginando como é possível decidir contra a vontade dos cônjuges que estão pedindo que se homologue a separação do casamento e não que se dissolva o casamento pelo divórcio. Imagino que, se a moda pega, logo devemos aceitar que o juiz designado para resolver incidentes da habilitação de casamentos aja, de ofício, indeferindo as propostas matrimoniais para mandar todos viverem em união estável, apenas por entender que a informalidade da vida em comum é mais vantajosa.

Retornando ao ponto anterior (necessidade de ser ajuizada ação de reparação civil em ação autônoma e concomitante ao pedido de separação ou divórcio), é essa exigência uma questão de interesse moral do pedido (art. 267, VI, do CPC). Não é possível que o cônjuge que reclama indenização do outro pela violação dos deveres matrimoniais

continue casado ou coabitando com o infrator, por ser incoerente esse estado de coisas. O direito de indenização decorre da ofensa que motiva o divórcio e a separação litigiosa, sendo uma consequência que se postula em ação autônoma pela diversidade do enfoque jurídico do pedido principal. A competência é do juízo da vara de família, por ser ação decorrente da relação matrimonial, existindo conexão que justifica o apensamento para, eventualmente, proporcionar decisões conjuntas (art. 106, do CPC).

A experiência judiciária permite afirmar que existem decisões favoráveis sobre indenização de dano moral para mulheres agredidas por maridos violentos, sabido que a ofensa à integridade física, a par de tipificar o crime definido no art. 129, do CP, constitui lesão ao direito de personalidade (ofensa à saúde), acrescentando que, se da ofensa resultar aleijão ou incapacidade, caberá indenização por dano estético e indenização pela incapacidade profissional (arts. 949 e 950, do CC). Ofensas verbais que não se imunizam pela retorsão imediata e racional são, igualmente, humilhantes e vexam os ofendidos, notadamente se forem expelidas em público e acompanhadas de afirmações injuriosas de conotação sexual que afrontem os sentidos da intimidade (art. 5º, V e X, da CF).

Os anais de jurisprudência informam que o segredo da gravidez adulterina revelado após longos anos de fraude da paternidade biológica conspurca o juramento de fidelidade e desonra o traído que, por anos, é mantido no erro, justificando deferir a ele a indenização por dano moral a ser paga pela mulher, sem prejuízo de revogação do reconhecimento de paternidade, caso não seja possível mantê-lo diante da paternidade socioafetiva. Relatei um caso horrível em que se admitiu a indenização por dano moral pelo fato de o marido já de idade avançada, ter abusado sexualmente do próprio neto, quando a Turma Julgadora considerou que a descoberta de uma perversão dessa índole, do homem que dividia a sua cama, causa uma indignação para a mulher capaz de perturbá-la para sempre. Também em outra ocasião subscrevi voto condutor de acórdão que estabeleceu o dever de pagar dano moral para a esposa que foi contaminada por doença sexualmente transmissível (sífilis e clamídia), tendo o varão admitido ter contraído a doença em coito praticado, sem preservativos, com prostituta de rua.

O emblemático nesse terreno diz respeito ao adultério. A fidelidade é dever do casamento e da união estável, sendo que a inobservância do compromisso gera a crise própria do que seria, para muitos, erro fatal e imperdoável. O adultério, que consiste em manter vida sexual com outro, enquanto coabita pelo casamento, nunca será abonado juridicamente, salvo quando se provar que o adúltero foi encaminhado para o deslize pelo cônjuge que se diz vítima da traição, o que é raro (e não impossível) de se verificar. Contudo e ainda que sobre razões íntimas que o infrator suscite para justificar seu comportamento, o fato é que, enquanto persistir a vida em comum, não lhe é facultado transgredir o voto de confiança que estrutura a coabitação regular e socialmente produtiva. Assim e embora o adultério constitua a causa eficiente para decretar o fim anormal do casamento, não há uniformidade quanto a constituir tal infração uma fonte objetiva do dever de indenizar.

O adultério possui graduações pelas maneiras como se concretiza, embora o resultado destrutivo para a relação seja sempre agudo. Porém, e isso obriga refletir, nem sempre o adultério é tornado público ou de conhecimento de terceiros e, por vezes, tanto homem e mulher agem com discrição e poupam os cônjuges das adversidades e maledicências. Ainda que constitua quebra do dever de fidelidade, não há ofensa à honra, reputação, imagem do outro e, por isso, não cabe indenização por dano moral (art. 5º, V e X, da

CF). Também não é permitido ignorar ser o adultério o fim da linha de um programa continuado de ofensas recíprocas, constituindo o ato derradeiro de uma batalha de vida infeliz, cujo grau de desinteligência e hostilidade foi animado pela mútua intransigência e revanchismo dos cônjuges. Nesse clima de irracionalidade em que a razão permanece obscura na névoa da beligerância recíproca, não soa razoável condenar o adúltero pela sexualidade alternativa que, nesse contexto de tudo errado, constitui, no aspecto dano moral, pecado venial.

Fui voto vencido em acórdão muito comentado e continuo convicto de que, naquela hipótese, o adultério que o marido praticou com a mulher que se imiscuiu na vida do casal como sendo a melhor amiga da esposa traída, justificava a incidência do art. 5º, V e X, da CF. Isso porque não foram somente as sessões de adultério na própria residência do casal que agravaram o quadro, mas, sim, a maneira como os amantes assumiram o caso, pois, de abrupto e sem qualquer comunicação, empreenderam fuga, permanecendo a esposa sem qualquer fonte de subsistência, com o encargo de criar dois filhos, o que foi desastroso, pelo menos em relação a um deles (viciou-se em drogas ilícitas). Sempre que o adultério for praticado de maneira a causar um mal maior do que perturbação do amor e confiança traídos, cabe conceder o dano moral que compense o trauma externo que resulta dessa violação.

O que se escreveu para o divórcio incide para a união estável, que é, como diz o art. 226, § 3º, da CF, entidade familiar. Quem vive em união estável não se matrimonia por pura opção, embora carregue, no espírito, os mesmos ideais da vida em comum, especialmente a obrigação de lealdade que prolonga e dá estabilidade ao convívio, sem o que não resiste aos sólidos fundamentos de projeto familiar (art. 1723, do CC). Existe um diferencial nos dois organismos (casamento e união estável) digno de meditação quando em pauta a responsabilidade civil e estou me referindo ao modo de dissolução. É possível especular que os interessados possam ser tomados da falsa impressão gerada pela ausência de papéis assinados para regularizar a junção de corpos, de ser permitido dispensar o companheiro, quando constatada a insuportabilidade da vida em comum, sem os cuidados com os direitos fundamentais do ser humano, o que constitui ilícito civil. Há, pois, evidente abuso de direito em desalojar o parceiro em condições adversas e por meio de ações que provocam vexame, humilhações e constrangimentos, lembrando sempre que o dano moral existe para compor lesões ao direito da personalidade e ofensas contra as graves desumanidades que não se admitem sequer quando o descontrole explode pelas contendas sentimentais.

#### **4. Responsabilidade pelas violações dos deveres de guarda e visitas.**

Os adultos resolvem suas pendências, e os filhos menores, quase sempre, são os que sofrem as piores consequências da quebra da *affectio maritalis*. Isso invariavelmente ocorre ainda que concorram justas razões para o divórcio, sabido que as crianças sempre desejam que os pais continuem unidos, como se a presença deles fortalecesse o próprio abrigo e sua vida, o que é bem compreensível. O fato é que uma vez decidido pelo término da relação, é necessário dar atenção aos filhos menores, na tentativa de amenizar os impactos do vazio que se abre com a divisão de moradias dos pais.

Infelizmente os casais separados não fazem bom uso da guarda compartilhada (art. 1584, do CC). Existe uma predileção pela unilateralidade da guarda, que, por vocação instintiva, é deferida para a mãe da criança, e logo surgem as desavenças derivadas das

infantis intransigências no exercício do direito de visita (art. 1589, do CC), mormente quando alguém assume o novo amor. As acusações se proliferam, e o juiz tenta, sem sucesso, a conciliação, revelando os processos que chegam ao Tribunal que o clima entre os divorciados e companheiros separados atinge uma escala de irracionalidade e de violência física e verbal, totalmente prejudicial ao desenvolvimento psíquico da pobre criaturinha entrincheirada nas proposições radicalizadas dos pais. E fica pior quando é verificado que os avós entram na disputa para agravar a discórdia familiar.

A guarda compartilhada evitaria todo esse imbróglio e constituiria uma passagem inofensiva da transição a ser superada na adaptação dos filhos menores às vidas separadas dos pais, desde que a eles fossem oferecidas condições propícias. Os cônjuges e companheiros ainda não tomaram consciência de que o sistema jurídico foi alterado nesse segmento exatamente para proteger os menores dos desmandos cometidos por mágoas e ressentimentos amorosos, sendo necessário advertir que não se valorizaram os aspectos propedêuticos das sanções impostas pelo descumprimento (§§ 4º e 5º, do art. 1584, do CC). O juiz deve agir com firmeza para impedir que a alienação parental se transforme na síndrome que inferniza a vida das crianças, não só estabelecendo diretrizes e metas para que as visitas se façam sem martírios, como reduzindo prerrogativas tanto do guardador como do visitador. Não se descarta inverter a titularidade da guarda quando se verifica a inaptidão do escolhido, sendo de bom alvitre que se nomeie parente próximo para o mister quando os pais forem ineptos para o bom termo. A criança tem o direito preponderante, e todas as incursões necessárias para que seus interesses fiquem garantidos serão realizadas, ainda que para isso seja preciso afastá-las da convivência dos pais irresponsáveis e levianos.

Os filhos que não recebem as visitas dos pais, apesar de ter sido regulamentado esse direito, são titulares do direito indenizatório? Em se verificando que a ausência do visitador é repetida de forma inconsequente (sem as razões para a falta), essa conduta poderá ganhar status de ilicitude, em se verificando que o menor a ser visitado sofre demasiadamente com o descaso paterno ou materno, como, por exemplo, seguidas decepções angustiadas pela espera inútil, após ansiosa preparação para o encontro. Independente de caracterizar abandono afetivo, o visitador que não avisa dos desencontros ou da impossibilidade de comparecimento, gerando uma expectativa que se transforma em sentimento ruim pela frustração, deverá ser compelido a pagar uma multa (*astreinte*) para eliminar o mau vezo que depõe contra valores morais do filho repudiado. A aplicação da pena prevista no art. 461, § 5º, do CPC, poderá ser imposta de ofício pelo juiz que se preocupa com o exato cumprimento dos acordos que envolvem filhos menores. Caso não se altere o proceder, poderá o filho exigir uma indenização pela humilhação do descumprimento.

É boa a discussão sobre a utilidade da indenização que se manda pagar em caso de recusa ao cumprimento do direito de visita, porque não irá auxiliar o propósito de aproximar pai e filho distanciados. Concorde-se que a solução indenizatória não contribui em nada para abrandar corações duros ou frios e nunca foi estímulo para o desabrochar de sentimentos ocultos ou adormecidos, o que não significa que tenha de ser descartada, pois se as multas não persuadiram o infrator e não existe a menor perspectiva de mudança saudável dos hábitos egocêntricos, a indenização aparece como benefício a uma vítima que não conta com outra opção para remediar o mal sofrido. A compensação financeira, no contexto, representaria um antídoto para a rejeição que atormenta, servindo para que a criança obtenha, com os privilégios financeiros, satisfações materiais que poderão contemporizar a dor experimentada. Não se está, com

tal veredicto, condenando o pai pelo desamor, mas, sim, pelos efeitos do procedimento omissivo que causa constrangimento, sofrimento, dor e vergonha (dano moral subjetivo).

Certa vez e durante conferência jurídica organizada pela AASP, fui indagado sobre eventual responsabilidade civil do sujeito que exerce a guarda e que coloca obstáculos e dificuldades ao direito de visita. Esclareci que tudo dependeria das provas sobre os episódios e dos resultados adversos dessa política insana. Não se permite que o visitador fique acomodado diante dessas ocorrências, sob pena de perder a legitimidade quanto ao direito de reivindicar direitos pela frustração do convívio, pois quem não reclama e exige respeito está sinalizando que se contentou com a situação, fato que elimina o dano indenizável. Portanto, provado que o visitador não consegue conectar-se com o filho por uma inadimplência incontrolada do titular da guarda, poderá, sim, ser exigida uma indenização pelo sofrimento e angústia que daí derivam. O filho que descobre ter perdido o amor filial pelo comportamento imprudente de quem detinha a guarda, é, igualmente, titular do direito indenizatório, patente o nexo de causalidade (art. 403, do CC) dessa ilicitude com o dano íntimo do tempo perdido ou do sentimento que não mais se resgatará.

O abandono afetivo continua presente na pauta dos debates, apesar do precedente isolado do colendo STJ, negando indenização pleiteada por um filho que se disse repudiado pelo pai, quando foi explicado que o desamor não é indenizado. Ocorre que há um equívoco na inserção desse fundamento, pois o motivo da pretensão ressarcitória não está calcado na exclusão do afeto, mas, sim, pelo não cumprimento dos deveres paternais previstos no art. 227, da CF. Não basta pagar alimentos para ser pai presente, pois a ordem jurídica exige mais, embora não chegue ao extremo de obrigar que o pai ame o filho. O que se obriga é que se respeite o ser humano que cresce, dedicando a atenção e o cuidado básicos para que o desenvolvimento da personalidade ocorra naturalmente pelo avançar cronológico. Ninguém poderá forçar um pai ou mãe a permanecer em contato vinte e quatro horas ou todos os dias do ano, sabido que as particularidades individuais justificam formas variadas para cumprimento da solidariedade familiar. O que não se admite é o completo isolamento ou a total indiferença, como se o filho não existisse ou que representasse um estranho indigno da atenção moral que se deve dedicar a um desconhecido (ou até aos bichos), porque esse comportamento configura um desprezo a quem, por razões de família, não pode ser ignorado.

Os juízes criaram uma jurisprudência formidável para restaurar os efeitos do abalo de crédito, porque sensíveis ao drama do sujeito que sofre uma inscrição indevida nos órgãos que cadastram devedores inadimplentes. Para essas vítimas da retração da confiança dos lojistas e banqueiros, que não mais fiam crediário para quem figura em listas emitidas pelo SERASA, SPC e outros, os magistrados concedem indenizações de valores variados e não há o que controverter sobre o acerto de tais julgamentos, pois comete ilícito e dano indenizável quem, indevidamente, coloca o sujeito em situação constrangedora. Ocorre que essa mesma justiça que aplica bem os pressupostos da responsabilidade civil para os cadastros indevidos nega a indenização para os filhos rejeitados e que sofrem pela indiferença e abandono dos pais. Inusitado paradoxo.

É difícil sustentar que filhos merecem abandono. Normalmente são eles atingidos em tenra idade, com a inocência purificada, e não há como atribuir a eles algum erro ou culpa. Poderá, em casos de filhos adolescentes, existir alguma rota de colisão que possa justificar um distanciamento e, salvo essas graves e extraordinárias hipóteses, o

abandonador não poderá jamais culpar o filho ou quem detém a guarda para justificar a sua falta. Enjeitar o filho contrasta com o dever do pai de subsidiar o crescimento sereno da criança ou do adolescente e, se ficar demonstrado que essa negligente conduta causou um distúrbio psíquico que representou um ponto no somatório de efeitos ruins de um estigma imerecido, cabe indenização que tem como referência os arts. 5º, V e X, 1º, III e 227, todos da CF, combinado com ao art. 186, do CC).

Não custa lembrar que a indenização por abandono afetivo depende da prova do dano a ser compensado, que tanto poderá consistir no lado subjetivo (sofrimento, angústia, baixa estima, introversão, depressão, etc) ou no aspecto objetivo (repercussão dos deslizes e desmandos na órbita social do abandonado, como ausência nas festas, solenidades, dias especiais comemorativos, etc), o que reclama cuidado na confirmação do nexo de causalidade entre o abandono e os prejuízos citados. A Quarta Câmara de Direito Privado negou indenização a uma moça que se dizia (e foi) abandonada pelo pai, porque as provas demonstraram que, apesar da ausência paterna, o desenvolvimento psíquico foi regular e normal, tendo ela se transformado em adulto bem resolvido, obtendo graduação em Direito, com imediata aprovação na OAB e perfeita socialização. A conclusão foi a de que não se provou o dano indenizável.

A indenização por abandono afetivo não é uma resposta tardia para o descaso e a desumanidade familiar, como se fosse uma arma que se detona para arrancar da alma a revolta de uma infância ou adolescência que poderia ser mais feliz. A indenização é eficaz para o caso de confirmação do prejuízo decorrente da ilicitude, pelo não cumprimento dos deveres fundamentais dos pais, servindo para consolar o infeliz, permitindo que o dinheiro proporcione o mínimo que lhe foi negado pelo infortúnio da paternidade irresponsável. O lesado é titular do mesmo direito que a jurisprudência assegura aos destinatários do dano moral, como o sujeito que tem seu nome inscrito nas listas de devedores inadimplentes.