

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE E A SUA APLICAÇÃO NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL

THE USE OF THE DOCTRINE OF LOSS OF A CHANCE IN CHILDHOOD EMOTIONAL NEGLECT CASES

THAIS LOZADA MOREIRA

Mestra em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogada em São Paulo.
tlozadamoreira@gmail.com

Recebido em: 05.08.2021
Aprovado em: 23.05.2022

ÁREA DO DIREITO: Família e Sucessões

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo principal analisar a chamada teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance e investigar a sua aplicabilidade nas hipóteses de negligência de pais ou mães no exercício dos deveres inerentes à parentalidade –especificamente no que se refere ao dever de convivência e cuidado com relação aos filhos – como forma de reparação dos danos causados às vítimas de abandono afetivo. Inicialmente, o trabalho abordará a origem e o desenvolvimento da teoria da perda de uma chance no direito estrangeiro e no Brasil. Em um segundo momento, a pesquisa analisará o afeto como bem jurídico tutelável na sociedade contemporânea e o dever dos pais e direito dos filhos à convivência familiar. Assim, estabelecidos estes pressupostos, será possível alcançar o núcleo do estudo proposto no presente trabalho, momento em que, à luz da Constituição Federal do Brasil de 1988, do Código Civil de 2002 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, se examinará as posições da doutrina e jurisprudência acerca da responsabilidade civil nos casos

ABSTRACT: The aim of this article is to analyze the doctrine of loss of a chance and explore its potential use in childhood emotional neglect cases concerning the exercise of duties inherent to parenting, particularly the duty of care, as a way to compensate the victims. Initially, the article will examine the origins and development of the doctrine of loss of a chance in foreign law and in Brazil. Subsequently, the study will delve into the concept of affection as a legal principle in contemporary society and the children's right to a familial environment, which must be provided by their parents. Finally, the article will scrutinize the Federal Constitution of Brazil of 1988, the Civil Code of 2002, the Brazilian Child and Adolescent Statute, and review legal literature and case-law on childhood emotional neglect cases. The objective is to investigate whether parents can be held liable for the emotional neglect of their children.

de abandono afetivo paterno filial, a fim de que, ao final, seja possível expor as razões que levam à conclusão de que se mostra possível a aplicação da teoria da chance perdida para justificar a responsabilização civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos.

PALAVRAS-CHAVE: Indenização civil – Direito de família – Afeto – Abandono – Danos morais.

KEYWORDS: Compensation – Family Law – Affection – Neglect – Emotional Damages.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A origem da teoria da perda de uma chance no direito estrangeiro. 2. A perda de uma chance no Brasil. 3. O afeto como bem jurídico tutelável. 4. O dever dos pais e direito dos filhos à convivência familiar. 5. A responsabilidade civil pelo abandono afetivo. 6. A perda de uma chance no abandono afetivo. 7. A quantificação do dano causado. Conclusão. Referências bibliográficas. Jurisprudência.

INTRODUÇÃO

A constitucionalização do Direito Civil e as significativas mudanças experimentadas pela sociedade contemporânea estimularam uma constante e significativa evolução dos pressupostos da responsabilidade civil. O instituto da responsabilidade civil externou suas primeiras manifestações precipuamente com grande enfoque na culpabilidade do causador do dano e se desenvolveu até alcançar a objetiva e máxima proteção do ofendido, com o escopo de assegurar uma reparação a todo dano existente.

Como consequência da superação dos pressupostos clássicos da responsabilidade, nasce a teoria da perda de uma chance, por meio da qual se busca indenizar os danos impingidos pela supressão da oportunidade de o ofendido atingir uma situação favorável que não se materializou, ou, então, de o ofendido evitar um prejuízo que veio a cometê-lo, baseando-se na probabilidade e na razoabilidade das chances perdidas.

A despeito dos novos paradigmas alcançados pelo instituto da responsabilidade civil, a sua aplicação como forma de solucionar conflitos oriundos de relações familiares sempre se viu repleta de polêmicas, contando com certa relutância por parte da doutrina e da jurisprudência em razão, principalmente, de uma aparente incompatibilidade entre os aspectos preponderantemente existenciais das relações familiares e o caráter eminentemente patrimonial da responsabilidade civil.

Com o reconhecimento do afeto como elemento intrínseco às relações familiares e a sua consagração como princípio de Direito de Família, contudo, pode-se dizer que a relação entre o dever de indenizar e as relações familiares vem ganhando cada vez mais espaço, não podendo a ciência jurídica fechar os olhos às hipóteses em que, no âmbito da família, haja a violação de direitos, deveres e princípios constitucionais que norteiam a matéria.

Verificou-se, ademais, que a indenização tampouco visa compelir o restabelecimento do amor paterno-filial, já completamente destruído pelo decurso de tempo no qual a total ausência do pai ou da mãe se perpetuou. A importância da questão objeto do presente estudo transcende o aspecto ético-moral e deve ser considerada como um instrumento de verdadeiras mudanças sociais, não podendo o ordenamento jurídico compactuar ou ser benevolente com a paternidade/maternidade irresponsável.

Neste sentido, analisando-se os conceitos abordados ao longo do presente trabalho, não há como se negar que com a caracterização do abandono afetivo há uma perda efetiva de uma oportunidade concreta e real de convivência familiar, devido à negligência parental, perda esta que não apenas impede que o indivíduo alcance o desenvolvimento de sua personalidade em sua plenitude, tendo todos os seus direitos fundamentais respeitados, como também deixa de evitar os inegáveis prejuízos decorrentes da violação do direito à convivência familiar.

Conclui-se que nos casos de abandono afetivo a negligência do pai ou da mãe acaba por ceifar a chance concreta e real de o filho ter atendidos seus direitos fundamentais em sua plenitude, de alcançar um desenvolvimento psíquico mais vantajoso, de ser ver incluído socialmente, ou, ainda, de não sofrer o abalo psicológico inerente à rejeição parental. Encontra-se, portanto, na teoria da perda de uma chance uma relevante ferramenta para se tutelar tais situações. Afinal, se por um lado não é possível que o Poder Judiciário penetre na seara dos sentimentos dos indivíduos, por outro, não há dúvidas de que deve ele zelar pelo estrito cumprimento das normas jurídicas aplicáveis em todas as hipóteses, em especial quando há descumprimento de deveres legais que resulta em prejuízos, devendo se valer dos remédios jurídicos disponíveis como forma de pacificação social e reequilíbrio das relações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. A responsabilidade civil em face do abandono afetivo e a problemática do quantum indenizatório. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v. 15, n. 2, 2020.
- ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Afeto na relação familiar: indenização por abandono afetivo*. *Jornal Estado de Direito, Porto Alegre*, n. 42, 2014.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Abandono moral e a negligência na educação e formação escolar dos filhos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

- CALDERÓN, Ricardo Lucas. *O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos*. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.
- CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
- CASSETARI, Christiano. *Elementos de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CAVALIERI, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CORREIA, Atalá. Insuficiência da afetividade como critério de determinação da paternidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 14, p. 335-366, jan.-mar. 2018.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), v. 10, n. 7, p. 46-63, 2007.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: famílias*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. v. 6.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de Direito Civil*. Responsabilidade civil. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.
- HIGA, Flávio da Costa. *A perda de uma chance no direito do trabalho*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, n. 78, p. 119-158, jul.-ago. 2006.
- LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MADALENO, Rafael. Responsabilidade civil pela ausência ou negligência nas visitas. In: MADALENO, Rolf (Coord.). *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MORAU, Caio Chaves. *Casamento e afetividade no direito brasileiro: uma análise histórico-comparativa*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Nem só de pão vive o homem. *Sociedade e Estado*, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez. 2006. Disponível em: [periodicos.unb.br/index.php/sociedade/article/view/5290]. Acesso em: 16.02.2022.

- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo. In: MADALENO, ROLF (Coord.). *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Amor e Direito Civil: normatividade, direito e amor. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CRISTINA, Ursula (Coord.). *Família e pessoa: uma questão de princípios*. São Paulo: YK, 2018. p. 562.
- SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, Direito de Família. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5.

JURISPRUDÊNCIA

- TJMG. Apelação Cível 1.0145.07.411698-2/001, rel. Des. Barros Levenhagem, 5ª C. Cív., j. 16.01.2014, *DJe* 23.01.2014.
- TJMG. Apelação Cível 408.550-5, rel. Des. Unias Silva, 7ª C. Cív., j. 01.04.2004.
- TJRS. Apelação Cível 589.069.996, rel. Des. Ruy Rosado, j. 12.06.1990, *DJ* 12.06.1990.
- TJRS. Apelação Cível 0087881-15.2017.8.21.7000, rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, 7ª C. Cív., j. 31.05.2017, *DJe* 06.06.2017.
- TJSC. Apelação Cível 2011.043951-1, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, 3ª C. D. Civ., j. 06.09.2011, *DJe* 26.09.2011.
- TJSP. Apelação Cível 1000815-69.2016.8.26.0082, rel. Des. Rosângela Telles, 2ª C. D. Priv., j. 27.10.2017, *DJe* 12.12.2017.
- TJSP. Apelação Cível 0006195-03.2014.8.26.0360, rel. Des. J. B. Paula Lima, 10ª C. D. Priv., j. 09.08.2016, *DJe* 16.08.2016.
- STJ. REsp 757.411/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., j. 29.11.2005, *DJ* 27.03.2006.
- STJ. REsp 788.459/BA, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., j. 08.11.2005, *DJ* 13.03.2006.
- STJ. REsp 757.411/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., j. 29.11.2005, *DJ* 27.03.2006.
- STJ. REsp 1.026.981/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 04.02.2010, *DJe* 23.02.2010.
- STJ. REsp 959.780/ES, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., j. 26.04.2011, *DJe* 06.05.2011.
- STJ. REsp 1.159.242/SP, 2009/0193701-9, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Tj. 24.04.2012, *DJe* 10.05.2012.

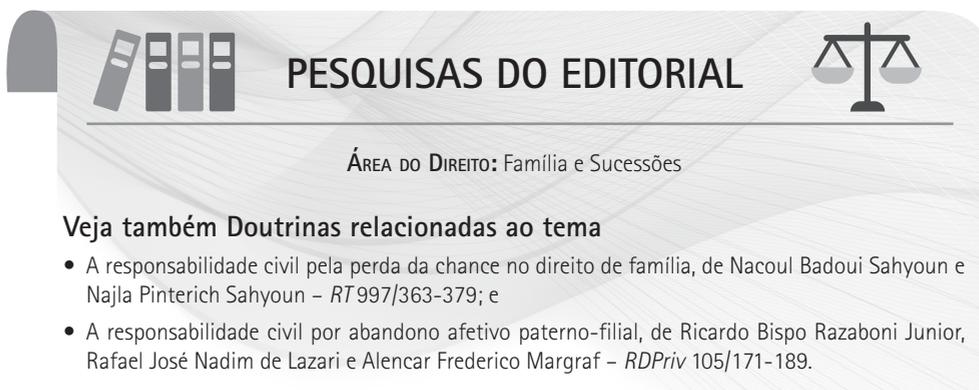
STJ. REsp 1.493.125, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 23.02.2016, *DJe* 01.03.2016.

STJ. REsp 1.579.021, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T., j. 19.10.2017, *DJe* 29.11.2017.

STJ. AgInt no AREsp 1.286.242, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 08.10.2019, *DJe* 15.10.2019.

STJ. REsp 1.887.697, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 21.09.2021, *DJe* 23.09.2021.

STJ. REsp 1.698.728, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 04.05.2021, *DJe* 13.05.2021.



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREA DO DIREITO: Família e Sucessões

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A responsabilidade civil pela perda da chance no direito de família, de Nacoul Badoui Sahyoun e Najla Pinterich Sahyoun – *RT* 997/363-379; e
- A responsabilidade civil por abandono afetivo paterno-filial, de Ricardo Bispo Razaboni Junior, Rafael José Nadim de Lazari e Alencar Frederico Margraf – *RDPriv* 105/171-189.