



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE AO  
ABANDONO AFETIVO

Luiza Santos Rocha de Araujo Padilha

Rio de Janeiro

2018

LUIZA SANTOS ROCHA DE ARAUJO PADILHA

A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE AO  
ABANDONO AFETIVO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de PósGraduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Mônica C. F. Areal  
Néli L. C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2018

## A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE AO ABANDONO AFETIVO

Luiza Santos Rocha de Araujo Padilha

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo** – o Direito Civil foi objeto de inegável evolução ao longo dos últimos anos, sofrendo o que se chama de processo de constitucionalização, o que terminou por gerar o aparecimento de diversas questões controvertidas e polêmicas, dentre elas o debate sobre a possibilidade de indenização por danos morais em casos de abandono afetivo, que é o objeto do presente trabalho. Essa discussão passa pelo questionamento quanto ao fato de a violação aos deveres inerentes à paternidade e a maternidade ser ou não capaz de gerar a responsabilização civil fazendo surgir a possibilidade de alegação de perda de uma chance já que o filho afetivamente abandonado teria perdido a chance de ser uma pessoa mais bem-sucedida pessoal e profissionalmente. No entanto, por outro lado, surge o debate quanto a ocorrência de uma monetarização do afeto. A essência do trabalho, portanto, é abordar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, bem como tratar da atuação cautelosa do magistrado no momento de verificar a ocorrência dos requisitos necessários para que haja a reparação extrapatrimonial, evitando que ocorra o desvirtuamento do instituto.

**Palavras-chave** – Direito Civil. Direito de família. Responsabilidade civil. Abandono afetivo. Teoria da perda de uma chance.

**Sumário** – Introdução. 1. A possibilidade de responsabilização civil por danos morais no Direito de Família no que tange ao abandono afetivo. 2. A necessidade de comprovação cabal dos danos sofridos por quem foi abandonado afetivamente para que se concretize a possibilidade de reparação por danos morais e seja evitado o enriquecimento sem causa. 3. A análise a ser feita pelo magistrado para que se possa vislumbrar a aplicação da teoria da perda de uma chance ao caso concreto como fundamento para a reparação por danos morais. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de reparação civil por danos morais pelos pais em favor dos filhos em casos de abandono afetivo em decorrência da aplicação da teoria da perda de uma chance.

É importante ter como base para o desenvolvimento do trabalho que o Direito de Família é um ramo jurídico em constantes modificações objetivando a sua adaptação às mudanças da sociedade que vem ocorrendo ao longo do tempo. O conceito e a estruturação da família dos dias atuais não é mais o mesmo de tempos atrás.

O Direito de Família é cada vez mais analisado e interpretado à luz da Constituição, fazendo com que diversos princípios constitucionais sejam aplicados às relações privadas.

Dessa forma, vem crescendo o debate quanto à possibilidade de responsabilização civil entre membros de uma família, ou seja, se as relações de afeto, muitas vezes, frustradas são capazes de ensejar eventual indenização por danos morais e qual seria o papel do Poder Judiciário nesses casos. Será que a intervenção do Estado-juiz seria capaz de coibir o abandono afetivo? Será que isso acarretaria uma patrimonialização do afeto? Essas são indagações que serão abordadas adiante.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando a possibilidade de responsabilização civil no Direito de família à luz do processo de constitucionalização do Direito Civil com enfoque na hipótese de indenização por danos morais em casos de abandono afetivo e como vem se posicionando a doutrina e a jurisprudência pátria quanto a isso. Deve ser debatida tal questão levando em consideração que, nesses casos, não houve uma violação específica a um direito da personalidade, que é o pressuposto norteador da responsabilidade civil, já que se trata de relação de afeto entre pais e filhos.

No segundo capítulo passa-se a análise da necessidade de comprovação efetiva de um dano sofrido por quem foi abandonado afetivamente para que ocorra a responsabilização extrapatrimonial, sendo necessário que fique comprovado, cabalmente, por meio de perícia técnica especializada, que a pessoa sofreu abalos de ordem psicológica que foram capazes de influenciar o seu crescimento, desenvolvimento e formação como pessoa.

O terceiro capítulo versa sobre a necessidade de uma análise profunda e cautelosa do caso concreto pelo magistrado para que se possa vislumbrar a aplicação da teoria da perda de uma chance ao caso e, conseqüentemente, para que seja deferido o pleito indenizatório. Isso porque, é essencial que a reparação por danos morais não seja desvirtuada gerando uma situação de enriquecimento sem causa de quem a pleiteia e se transformando em uma indústria do dano moral. Essa análise aprofundada pelo Poder Judiciário deve ser pautada pela verificação da ocorrência ou não de dano de ordem psicológica sofrido por quem foi abandonado.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

## 1. A POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA NO QUE TANGE AO ABANDONO AFETIVO

O presente capítulo do trabalho tem o objetivo de analisar a possibilidade de indenização por danos morais no Direito de Família, mais especificamente nos casos de abandono afetivo. Nessas situações, não há lesão efetiva a um direito da personalidade, pressuposto norteador da responsabilidade civil, mas sim uma relação de afeto frustrada entre membros de uma família.

O debate se inicia pela discussão quanto a viabilidade ou não de projetar a responsabilidade civil no Direito de Família, tema esse bastante debatido pela doutrina e jurisprudência ao longo dos últimos anos.

Antigamente, não se admitia tal projeção por se tratar de ramo jurídico que versa sobre relações de afeto, não sendo possível vislumbrar o cometimento de ato ilícito ensejador de reparação. No entanto, com o passar dos anos, e com a efetivação cada vez maior do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, essa ideia passou a ser prestigiada por parte da doutrina civilista e pelos Tribunais brasileiros em casos considerados paradigmas.

Inegavelmente, é mais fácil observar a ocorrência da responsabilização civil nas situações envolvendo casamento e união estável, porém é plenamente viável que tal fenômeno ocorra também nas relações entre pais e filhos como é o caso do abandono afetivo. A fundamentação para isso decorre da aplicação de princípios constitucionais como o da solidariedade social ou familiar e o da convivência familiar, esse último elencado como um dos direitos da criança e do adolescente no artigo 227 da Constituição da República<sup>1</sup>.

A ideia central do princípio da convivência familiar é a de que é direito dos filhos o convívio com os pais e também um dever da família já que é por aí que se formam os laços de amor e afeto que unem essas pessoas propiciando a criança um crescimento saudável.

Além disso, merece destaque também o preceito do melhor interesse da criança que é encontrado no mesmo artigo 227 da CRFB/88<sup>2</sup> que prevê que tais pessoas em desenvolvimento devem ter assegurados todos os direitos e garantias enumerados pela Carta Magna.

É possível ainda falar no princípio da paternidade responsável que fundamenta o planejamento familiar e está ligado ao dever de conviver, criar e educar que os genitores possuem em relação ao filho que vai nascer.

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

<sup>2</sup> Ibid.

Como bem salienta Maria Berenice Dias<sup>3</sup>:

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

É importante ressaltar que todos os preceitos mencionados encontram o seu fundamento de validade no princípio basilar e norteador de todo o Ordenamento Jurídico pátrio, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º da CRFB/88<sup>4</sup>. O direito de conviver com os pais, de ser educado por eles, e com eles estabelecer uma relação de amor e de afeto se encaixa, perfeitamente, no que se pode entender como dignidade. Toda pessoa merece receber amor e carinho de seus pais, sendo um direito primordial para a formação do ser humano e merecedor de proteção.

Após a breve exposição sobre os princípios que devem pautar as relações de filiação, fica mais fácil perceber que o abandono afetivo é capaz de gerar diversos danos de ordem psicológica a quem o sofre, atingindo diretamente a sua formação e caráter, influenciando essa pessoa por toda a sua vida e podendo trazer consequências indesejadas e difíceis de superar, o que faz surgir o direito à reparação pelos danos morais suportados.

Rodrigo da Cunha Pereira<sup>5</sup>, um dos doutrinadores que primeiro sustentou a tese da possibilidade de indenização nos casos de abandonado afetivo, explica:

o exercício da paternidade e da maternidade – 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, diante das quais a ordem legal/constitucional deve amparo, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de termos um Direito acéfalo e inexigível.

---

<sup>3</sup>DIAS, Maria Berenice. *Alimentos e paternidade responsável*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,alimentos-e-paternidade-responsavel,21144.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

<sup>4</sup>BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

<sup>5</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: MADALENO, Rolf (Org.); BARBOSA, Eduardo (Org.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 401.

O dever de cuidado dos pais na criação dos filhos também encontra amparo nas palavras da ilustre professora Giselda Hironaka<sup>6</sup>:

a responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consiste principalmente em ajudá-los na construção da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total, portanto, da ideia antiga e maximamente patriarcal de pátrio poder. Aqui, a compreensão baseada no conhecimento racional da natureza dos integrantes de uma família quer dizer que não há mais fundamento na prática da coisificação familiar.

Apesar da grande receptividade da possibilidade de indenização por danos morais nos casos de abandono afetivo pelos doutrinadores mencionados, Cristiano Chaves de Farias<sup>7</sup> entende ser impossível tal possibilidade sustentando que poderia ocorrer a patrimonialização do amor e do afeto:

[...] todavia, não parece justificável admitir a incidência dos elementos da Responsabilidade Civil nas relações familiares por conta do puro e simples abandono afetivo, por não parecer suficiente para gerar o dever de indenizar, em razão da ausência de prática ilícita. A rigor, parece que uma pessoa humana tem o direito, por motivações diversas e plurais, de desgostar de outra, mesmo que seja seu familiar. 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 simples negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. [...]

Assim, observa-se que existe divergência na doutrina civilista a respeito do assunto. O mesmo ocorre com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

No Recurso Especial nº 757.411/MG<sup>8</sup>, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, a 4ª Turma do Tribunal entendeu que no caso em análise não haveria que se falar em ato ilícito visto que o pai não seria obrigado a amar seu filho e, portanto, não seria cabível a indenização:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO.

I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz

<sup>6</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva nas relações entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

<sup>7</sup>FARIAS, Cristiano Chaves. *Indenização por abandono afetivo: impossibilidade*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/indenizacao-por-abandono-afetivo-impossibilidade/14844>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

<sup>8</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 757.411/MG*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005).

II. Recurso especial não conhecido.

No entanto, o debate acerca do tema não se encerrou com esse julgado e anos depois a 3ª Turma do STJ, no Recurso Especial nº 1.159.242/SP, reconheceu o dever do pai de indenizar por danos morais o filho que foi abandonado afetivamente:<sup>9</sup>

[...] 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, exsurgindo, 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 [...].

Nesse caso, a ministra relatora Nancy Andrighi entendeu ser possível a reparação à título de danos morais pelo abandono afetivo, o que representou um grande avanço para o Direito de Família uma vez que tratou da possibilidade de reparação civil mesmo que não tenha ocorrido um ato ilícito propriamente dito. Contudo, restou demonstrada a existência de divergência dentro do próprio Tribunal haja vista que anteriormente a 4ª Turma do STJ, como visto, havia entendido pela impossibilidade de reparação extrapatrimonial nesses casos.

Tal divergência foi reforçada pelo precedente mais recente do Tribunal da Cidadania sobre o tema, que veio da 4ª Turma do Tribunal que, mais uma vez, reforçou o seu entendimento sobre a impossibilidade de indenização nesses casos no Recurso Especial 1.579.021/RS<sup>10</sup> de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti:

CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GENITOR. ATO ILÍCITO. DEVER JURÍDICO INEXISTENTE. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

[...] 2. A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito.

3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as

<sup>9</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242/SP*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20120510-02.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

<sup>10</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.579.021/RS*. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526809377/recurso-especial-resp-1579021-rs-2016-0011196-8/inteiro-teor-526809384>>. Acesso em: 15 abr. 2018.



necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Precedentes da 4ª Turma.

Dessa forma, é possível constatar que a questão é extremamente controversa tanto na doutrina quanto na jurisprudência. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como já visto, existe divergência entre a 3ª e a 4ª Turma, não havendo ainda manifestação da Seção que reúne ambas as Turmas, o que torna inviável afirmar que o STJ, como um todo, se posiciona pela possibilidade ou pela impossibilidade da indenização nos casos de abandono afetivo.

No entanto, por tudo o que foi exposto no que tange ao processo de constitucionalização do Direito Civil, é possível sustentar a tese de que a indenização por danos morais deve ser deferida em casos de abandono afetivo. Isso porque, os pais possuem o dever, previsto constitucionalmente, de cuidado, proteção e de convívio com os filhos e, quando isso não é observado, podem surgir em quem foi abandonado danos de ordem psicológica de proporções imensuráveis, merecedores de reparação.

Tais danos devem ser comprovados ao longo do processo, como será melhor desenvolvido nos próximos capítulos, bem como ser objeto de cautelosa análise pelo magistrado para que, de fato, possa estar configurada a necessidade de reparação.

## 2. A NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO CABAL DOS DANOS SOFRIDOS POR QUEM FOI ABANDONADO AFETIVAMENTE PARA QUE SE CONCRETIZE A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E SEJA EVITADO O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Após a análise do primeiro capítulo em que se defendeu a necessidade de reparação por danos morais pelo abandono afetivo dos pais em relação aos filhos, neste segundo capítulo, passa-se a análise de como deve se dar a concretização da compensação extrapatrimonial.

Primeiramente, é necessária uma breve conceituação do que seriam danos morais. Tais danos poderiam ser conceituados como as sequelas suportadas por um ataque à moral e à dignidade das pessoas, ou seja, como uma ofensa à reputação da vítima. Quando se está diante de hipótese em que há lesão a um direito da personalidade de alguém, presente estará o dever de indenizar. Observa-se que existe um caráter extrapatrimonial nos danos morais.

Nesse sentido, quaisquer violações aos direitos da personalidade seriam capazes de gerar a obrigação de reparar. No entanto, é preciso que o dano tenha decorrido diretamente da conduta abusiva do responsável pela reparação, ou seja, é necessário que haja o nexo causal entre a conduta do ofensor e o dano suportado pela vítima.

No caso do abandono afetivo, é preciso, então, que a conduta do pai ou mãe que afetivamente abandonou seu filho (a) seja a causa direta dos diversos prejuízos sofridos por ele (a). É inegável que a não presença do genitor na vida do seu descendente pode gerar inúmeros danos de ordem psicológica que, como já abordado no capítulo anterior, merecem ser reparados.

Dessa forma, quando for ajuizada eventual demanda indenizatória por danos morais, deve o autor comprovar de forma cabal que o abandono que sofreu lhe causou um mal que merece ser compensado. A jurisprudência pátria que, como já visto, é extremamente divergente quanto ao tema, quando entende pela possibilidade de reparação, ressalta sempre que o simples fato de alguém ter sido abandonado afetivamente não abre portas para a indenização, sendo necessário que haja a comprovação de uma seqüela sofrida pelo filho.

Em um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a 2ª Câmara Cível julgou improcedente o recurso de apelação interposto por filho em face de seu pai<sup>11</sup>. A desembargadora relatora afirmou que o abandono afetivo dos pais não é suficiente para gerar o dever de reparar, sendo necessário provar que a ausência do genitor (a) trouxe reais prejuízos à formação do indivíduo. Na avaliação do colegiado, o autor não comprovou ter sofrido qualquer seqüela resultante da omissão e, por isso, o recurso não foi provido:

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO AFETIVO. DANO MORAL. POSSIBILIDADE, EM TESE. CARÁTER EXCEPCIONAL. NECESSIDADE DE CABAL DEMONSTRAÇÃO DA OMISSÃO DO GENITOR COMO DA IMPRESCINDÍVEL EXISTÊNCIA DE DANOS. CASO CONCRETO: INDEMONSTRAÇÃO DE QUAISQUER REPERCUSSÕES NEGATIVAS NA VIDA DO AUTOR.  
(...) Não é suficiente a falta da figura paterna para caracterizar o pedido de danos morais por abandono afetivo. É necessária a caracterização do abandono, rejeição e dos danos à personalidade. As perícias devem levantar, por meio de metodologia própria, a extensão dos danos sofridos (...)

A conclusão de que é necessária a comprovação dos danos sofridos é a que melhor se coaduna com a lógica do ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, primeiramente, se fosse admitida a reparação sem tal demonstração ocorreria o incentivo ao que a doutrina denomina de “indústria do dano moral”, estimulando a sua banalização.

Em segundo lugar, o fato de se admitir que o genitor deva, obrigatoriamente, reparar o filho independentemente da comprovação da ocorrência de abalos de ordem psicológica geraria grande insegurança jurídica e intranquilidade social.

---

<sup>11</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0024276-55.2012.8.19.0007*. Relator: Elisabete Filizzola Assunção. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/370456609/apelacao-apl-242765520128190007-rio-de-janeiro-barra-mansa-3-vara-civel>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

Infelizmente, em nosso país, ainda é muito comum que um dos genitores abandone afetivamente os seus filhos, sem construir laços de amor e sem manter nenhum contato. Diante dessa realidade, a imposição da reparação independentemente da ocorrência de dano ao filho causaria verdadeiro caos, uma vez que o Poder Judiciário teria que se imiscuir de forma imoderada em quase todas as relações familiares a fim de fixar a referida indenização, o que terminaria por desvirtuar o objetivo do instituto.

Além disso, observa-se com frequência que, apesar de o abandono ser uma realidade de grande relevância no Brasil, muitas vezes os filhos que são vítimas de tal situação conseguem crescer e se desenvolver de forma íntegra e equilibrada, sendo inclusive muito bem-sucedidos pessoal e profissionalmente, sem sofrer qualquer tipo de abalo de ordem psíquica.

Nesses casos, não haveria como se defender a possibilidade da reparação extrapatrimonial visto que não estaria presente um dos pressupostos da responsabilidade civil que é o dano, contrariando toda a lógica do instituto.

Diante da necessidade da demonstração dos danos à personalidade sofridos por aquele que foi abandonado afetivamente, surge-se, então, uma indagação: como se procederia a tal comprovação?

A doutrina nacional vem defendendo a necessidade de realização de perícia para que se comprove os abalos psicológicos suportados pelo filho abandonado. Tal prova seria capaz de comprovar a real existência do dano, bem como a sua causa.

Nas palavras de Flávio Tartuce<sup>12</sup> o dano deve “ser provado, em regra, pelo autor da demanda, uma vez que não se indeniza o dano hipotético ou eventual. Para tanto, servirá a perícia psicológica como meio probatório para a sua efetiva demonstração”.

No julgado acima mencionado a desembargadora relatora defendeu também que a forma de verificar a ocorrência do dano seria por meio de laudo formulado por especialista que afirme a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte do pai do autor.

Nesse sentido, observa-se que a melhor forma de comprovar eventuais abalos de ordem psicológica suportados pelos filhos seria pela prova pericial que, por meio de metodologia própria, é apta a demonstrar a existência de tais danos bem como a sua extensão.

Conclui-se, dessa forma, o segundo capítulo do trabalho defendendo que o abandono afetivo é capaz de gerar o dever de indenizar a título de danos morais, mas que tal situação deve ser analisada com cautela pelo Poder Judiciário visto que é preciso que fique comprovado, nos

---

<sup>12</sup>TARTUCE, Flávio. Danos Morais por Abandono Moral. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Ano X, nº 7, p.110, dez.-jan./2009.

autos de eventual ação ajuizada, a ocorrência do dano, materializada por sequelas de ordem psicológica ou outras consequências nocivas ao desenvolvimento saudável do filho, bem como do nexo de causalidade entre tal abalo e a conduta omissiva do genitor, a serem analisados por meio de prova pericial.

### 3. A ANÁLISE A SER FEITA PELO MAGISTRADO PARA QUE SE POSSA VISLUMBRAR A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE AO CASO CONCRETO COMO FUNDAMENTO PARA A REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS

Após a abordagem da necessidade de comprovação cabal por meio de prova pericial de que o abandono afetivo gerou danos de ordem psicológica ao filho (a), o presente capítulo se dedica a análise que deve ser feita pelo magistrado sobre o caso concreto para que possa vislumbrar a ocorrência do que se chama de perda de uma chance por quem foi abandonado afetivamente pelo seu genitor (a).

Primeiramente, é preciso que se passe a uma brevíssima análise do que seria a teoria da perda de uma chance. Essa teoria encontra inspiração na doutrina francesa “*perte d’une chance*” e se refere a situação em que determinada pessoa perde a oportunidade de auferir alguma vantagem ou de evitar algum prejuízo por conta de uma conduta, consubstanciada na prática de um ato ilícito, praticada por outrem. Ou seja, o ato ilícito que é praticado por uma outra pessoa é capaz de impedir que a vítima alcance uma vantagem, que provavelmente seria auferida caso não fosse praticado o ato ilícito, ou consiga evitar um dano que, da mesma forma, poderia ser afastado caso não ocorresse tal atuação desvirtuada.

Flávio Tartuce<sup>13</sup> afirma que “a perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal”.

O cerne dessa teoria é permitir que a pessoa que perdeu a oportunidade de obter uma situação futura mais favorável seja reparada por isso. Assim, como foi perdida uma chance o indivíduo merece ser compensado por tal perda, o que se dá por meio de uma indenização.

Essa ideia, embora não possua previsão expressa na legislação, vem sendo aplicada no Brasil em vários julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

---

<sup>13</sup>TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p.552.

Um determinado julgado<sup>14</sup> é considerado paradigma na aplicação da referida teoria pela jurisprudência nacional. Foi o caso em que uma participante do programa Show do Milhão se deparou com pergunta que não possui resposta correta e, por isso, não conseguiu acertar a indagação feita e, conseqüentemente, ganhar o prêmio prometido na competição.

Flávio Tartuce<sup>15</sup> comenta tal decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

[...]uma participante do programa, originária do Estado da Bahia, chegou à última pergunta, a “pergunta do milhão”, que, se respondida corretamente, geraria o prêmio de um milhão de reais. (...)

A participante não soube responder à pergunta, levando R\$ 500 mil para casa. (...) tendo a participante constatado que a pergunta formulada estava totalmente errada. Foi então a juízo requerendo os outros R\$ 500 mil, tendo obtido êxito em primeira e segunda instância, ação que teve curso no Tribunal de Justiça da Bahia. O STJ confirmou em parte as decisões anteriores, reduzindo o valor para R\$ 125 mil, ou seja, os R\$ 500 mil divididos pelas quatro assertivas, sendo essa a sua real chance de acerto.

Como visto, essa teoria vem sendo admitida no Brasil, mas é essencial que sejam observados alguns requisitos relacionados a chance perdida para que não haja a sua aplicação desvirtuada e desarrazoada.

O Tribunal da Cidadania<sup>16</sup> afirma que “o dano deve ser real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no espectro da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável”. Em outros julgados, o Tribunal entende que a chance perdida deve ser real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada.<sup>17</sup>

Sérgio Savi<sup>18</sup> entende que “a perda de uma chance está caracterizada quando a probabilidade da oportunidade for superior a 50% (cinquenta por cento)”, o que reforça o entendimento jurisprudencial de que é preciso que a chance perdida seja real e séria.

Apesar da grande aplicação da teoria pelo STJ, não há um consenso na doutrina quanto ao enquadramento da perda de uma chance como uma nova categoria de dano, indo além dos danos materiais e morais. Isso porque, ao se vislumbrar eventual vantagem que não foi aferida

<sup>14</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 788.459/BA*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

<sup>15</sup>Ibid., p.554.

<sup>16</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.104.665-RS*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em:<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062245/recurso-especial-resp-1104665-rs-2008-0251457-1/inteiro-teor-12198394?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 set. 2018.

<sup>17</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Recurso Especial nº 1220911/RS*. Relator: Ministro Castro Meira. Disponível em:<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18659637/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1220911-rs-2010-0208503-0>>. Acesso em: 20 set. 2018.

<sup>18</sup>SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p.33.

ou possível prejuízo que não foi evitado se está lidando com uma questão de probabilidade, sendo, portanto, um dano de difícil verificação.

Por conta disso, alguns doutrinadores não conseguem vislumbrar a perda de uma chance como uma espécie distinta de dano, dentre eles Flávio Tartuce<sup>19</sup>:

Pois bem, esse autor vê com ressalvas o enquadramento da perda de uma chance como nova categoria de dano. Isso porque, tais danos são, na grande maioria, das situações, hipotéticos ou eventuais, sendo certo que os arts. 186 e 403 do CC exigem o dano presente e efetivo. A perda de uma chance, na verdade, trabalha com suposições, com o se. Muitas situações descritas pelos adeptos da teoria podem ser resolvidas em sede de danos morais ou danos materiais, sem que a vítima tenha necessidade de provar que a chance é séria e real. Ressalva-se, porém, que o presente autor está acompanhando as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais e, no futuro, pode ser que esse parecer seja alterado [...].

Passa-se então a análise da aplicação da referida teoria aos casos de abandono afetivo, que é o objeto do presente trabalho.

Em tais casos, pode-se dizer que a teoria da perda de uma chance encontra aplicação porque, como já visto, vem se entendendo que o ato de abandonar afetivamente um filho pode ser considerado como um ato ilícito ensejador de reparação a título de danos morais já que viola os deveres inerentes à paternidade.

Nesse sentido, é possível considerar que o filho que sofreu a omissão do genitor (a) pode ter menores chances de sucesso pessoal e profissional, ou seja, tal ato ilícito poderia ser capaz de frustrar uma oportunidade futura do filho, o impedindo de obter possíveis vantagens e melhores condições de vida e de crescimento. É evidente que a frustração de eventual oportunidade futura deve ser analisada cuidadosamente pelo magistrado.

Ainda não se encontra na jurisprudência julgados relevantes quanto a aplicação da teoria em casos de abandono afetivo. No entanto, existe julgado inovador que se refere à aplicação do instituto em caso de abandono material.

A situação foi julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina em 2011<sup>20</sup>. No caso, o filho ajuizou ação indenizatória em face de seu pai sob a alegação de que sofreu abandono afetivo e material e que o pai foi ausente na sua criação e não prestou

---

<sup>19</sup>TARTUCE, op cit.,p.554.

<sup>20</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 2011.043951-1*. Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Disponível em: <<https://direitoefamilia.wordpress.com/tag/abandono-material/>>. Processo em segredo de justiça não sendo possível o acesso por meio do site do Tribunal. Acesso em: 20 set. 2018.

qualquer tipo de suporte material, tendo a sua paternidade sido reconhecida pouco tempo antes do ajuizamento da demanda.

O Juízo de primeiro grau entendeu pela impossibilidade de indenização de danos morais por conta do abandono afetivo, se filiando a uma determinada corrente doutrinária e jurisprudencial já abordada. No entanto, foi fixada indenização pelo abandono material diante da violação aos deveres inerentes ao poder familiar. Em segunda instância a decisão foi mantida.

Além disso, foi narrado no decorrer do processo que o pai havia concedido tratamento diferenciado aos seus outros filhos, que teriam recebido tanto suporte material quanto suporte pessoal e afetivo, tendo desfrutado do convívio com o genitor durante toda a vida. Inclusive, um irmão do autor havia cursado faculdade de direito particular, custeada pelo pai, enquanto o autor permaneceu sem qualquer alfabetização até os 22 anos. Nas palavras da relatora:

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

É evidente que a decisão se mostrou em conformidade com a visão do Direito Civil Constitucional e com os princípios constitucionais. De acordo com essa ideia e com a possibilidade de se atrair a responsabilização civil para o Direito de Família, tema já abordado no trabalho, é possível vislumbrar a aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos de abandono afetivo.

Essa aplicação decorreria do fato de que, a partir do momento em que um filho é privado de uma relação de afeto com seu genitor (a) fica frustrada a sua chance de conviver com ele, o que pode fazer surgir abalos psíquicos que podem impedir o desenvolvimento sadio da pessoa, bem como a sua realização pessoal e profissional.

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias<sup>21</sup>:

Observe-se que o fundamento da teoria da perda de uma chance é, exatamente, a subtração de uma oportunidade futura ou da possibilidade de eliminar uma desvantagem. Não há uma premente necessidade de que esta vantagem que seria obtida tenha essência patrimonial, econômica. Sendo assim, vislumbra-

---

<sup>21</sup>FARIAS, Cristiano Chaves. *Teoria da perda de uma chance em casos de abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4939/novosite>>. Acesso em: 25 set. 2018.

se com tranquilidade a possibilidade de aplicação da teoria para justificar a subtração de um pai, por exemplo, a oportunidade de convivência (profícua) com o seu filho, em casos nos quais a mulher esconde a paternidade do genitor.

Merece destaque que o fato de já ter ocorrido a aplicação da teoria em casos de abandono material termina por fortalecer a tese que sustenta a possibilidade de aplicação no abandono afetivo já que nas duas situações o filho lida com a perda de uma vantagem futura, qual seja, a presença do genitor (a) na sua vida, que pode se dar tanto com o provimento de recursos materiais quanto física e afetivamente.

No entanto, não se pode esquecer que é de grande importância que a chance perdida observe o que já foi definido pelo STJ, ou seja, deve ser séria e real até porque não é possível a fixação de reparação por danos hipotéticos e eventuais. O abandono afetivo precisa ter, de fato, gerado danos na esfera psíquica do filho e contribuído para que ele não tenha conseguido alcançar o sucesso pessoal e profissional que almejava e que poderia ter sido alcançado caso tivesse a assistência afetiva do pai ou mãe na sua vida.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa teve o objetivo de analisar a possibilidade ou não de indenização por danos morais nos casos de abandono afetivo por meio da aplicação da teoria da perda de uma chance. Tal análise se mostra possível diante da grande evolução que o Direito Civil brasileiro sofreu nos últimos anos com o processo de constitucionalização.

Constatou-se que a viabilidade de reparação extrapatrimonial nesses casos ainda é bastante controvertida na doutrina e na jurisprudência pátria. Existem posicionamentos doutrinários com boa fundamentação entendendo pela possibilidade e pela impossibilidade, conforme foi analisado no primeiro capítulo do presente trabalho. Da mesma forma, a jurisprudência ainda se mostra muito dividida quanto a questão, havendo, inclusive, divergência dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça uma vez que cada Turma defende um posicionamento.

Quanto ao fato de se sustentar a necessidade de indenização utilizando como fundamento principal a teoria da perda de uma chance, observou-se que não há, também, um posicionamento consolidado quanto a isso já que não existe nenhum julgado a respeito do tema. No entanto, já houve determinado julgado, abordado no terceiro capítulo do trabalho, de grande importância entendendo pela aplicação da teoria em caso de abandono material em que houve



flagrante distinção de tratamento entre os filhos pelo genitor. Tal situação tornou viável a afirmação de que o descendente preterido faria jus a reparação já que poderia se vislumbrar a perda de uma chance de maior sucesso pessoal e profissional.

Pode-se afirmar que o tema objeto do trabalho é questão que se mantém entre a discussão quanto a viabilidade de responsabilização civil pela violação dos deveres inerentes ao exercício do poder familiar e pela polêmica quanto ao surgimento do que se poderia chamar de monetarização do afeto, ou seja, com o fato de o genitor se ver obrigado a amar e formar laços de afeto com o seu descendente.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora foi o de que é viável a reparação extrapatrimonial nos casos de abandono afetivo visto que existe a violação do dever de cuidado. A assistência, a educação, o cuidado e a convivência familiar com os descendentes é um dever legal imposto aos genitores e essencial para o melhor desenvolvimento do filho.

Mas, para isso, repita-se, é essencial que haja uma perícia especializada para aferir se a situação de abandono afetivo gerou algum tipo de dano de ordem psicológica, sob pena de se desvirtuar o instituto da indenização. A reparação extrapatrimonial só deve ser cabível quando quem sofreu o abandono carrega consigo, por conta disso, algum prejuízo em sua estrutura psíquica. Nesses casos, é necessária a indenização como forma de reparar a violação aos direitos da personalidade sofrida.

Para se utilizar como fundamento principal a aplicação da teoria da perda de uma chance é essencial que a chance perdida pelo filho abandonado afetivamente seja séria, certa, e esteja dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade. Apenas assim será possível a reparação já que o dano incerto não pode ser abarcado pela responsabilização civil.

Cabe, portanto, ao magistrado, quando se deparar com um caso concreto como esses, realizar uma profunda análise em dois sentidos: primeiro, visualizar, por meio da produção de prova pericial especializada, um dano de ordem psíquica que mereça ser reparado. Segundo, verificar se o abandono afetivo acarretou a perda de uma chance séria e real de o filho ser uma pessoa melhor sucedida pessoalmente e profissionalmente.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a atuação do magistrado precisa ser cautelosa já que, para que seja deferida a pretensão indenizatória, é preciso que se tenha como suporte laudo pericial atestando a existência de dano psíquico em quem foi abandonado e que tal situação representa a perda de uma oportunidade de o descendente auferir uma vantagem futura, ou seja, que a chance perdida por ele foi séria e real, o que atende aos requisitos estabelecidos pela doutrina e jurisprudência para a aplicação da teoria da perda de uma chance.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta da autora consiste na tese de que é possível a indenização por danos morais em casos de abandono afetivo utilizando como principal fundamento a teoria da perda de uma chance uma vez que é preciso responsabilizar civilmente quem não cumpre os deveres inerentes a paternidade ou a maternidade, bem como tutelar e reparar aquele que foi privado de usufruir da construção de laços de afeto e de amor com que o gerou, sendo, assim, vítima de inúmeros danos que afetam a sua personalidade, a sua formação e o curso da sua vida.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.104.665-RS*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062245/recurso-especial-resp-1104665-rs-2008-0251457-1/inteiro-teor-12198394?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Recurso Especial nº 1220911/RS*. Relator: Ministro Castro Meira. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18659637/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1220911-rs-2010-0208503-0>>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242/SP*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20120510-02.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.579.021/RS*. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526809377/recurso-especial-resp-1579021-rs-2016-0011196-8/inteiro-teor-526809384>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 757.411/MG*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 788.459/BA*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 2011.043951-1*. Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Disponível em: <<https://direitoefamilia.wordpress.com/tag/abandono-material/>>. Processo em segredo de justiça não sendo possível o acesso por meio do site do Tribunal. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0024276-55.2012.8.19.0007*. Relator: Elisabete Filizzola Assunção. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/370456609/apelacao-apl-242765520128190007-rio-de-janeiro-barra-mansa-3-vara-civel/>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos e paternidade responsável*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,alimentos-e-paternidade-responsavel,21144.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves. *Teoria da perda de uma chance em casos de abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4939/novosite>>. Acesso em: 25 set. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves. *Indenização por abandono afetivo: impossibilidade*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/indenizacao-por-abandono-afetivo-impossibilidade/14844>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva nas relações entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: MADALENO, Rolf (Org.); BARBOSA, Eduardo (Org.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

TARTUCE, Flávio. Danos Morais por Abandono Moral. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Ano X, nº 7, p.110, dez.-jan./2009.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.