

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”

CAMILA FERNANDES CRUVINEL

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE E
SUA APLICABILIDADE AO DIREITO DAS FAMÍLIAS**

UBERLÂNDIA

2018

CAMILA FERNANDES CRUVINEL

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE E SUA
APLICABILIDADE AO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”,
da Universidade Federal de Uberlândia, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Rodrigues
Martins

UBERLÂNDIA

2018

Camila Fernandes Cruvinel

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE E SUA
APLICABILIDADE AO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”, da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

Dr. Fernando Rodrigues Martins
Orientador

Professor Examinador

Professor Examinador

Uberlândia, 10 de julho de 2018.

DEDICATÓRIA

Ao meu filho, Benício.

Para você.

Por você.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por me conceder a bênção da vida em toda sua completude, tornando possível que eu seja um instrumento de justiça e solidariedade.

Ao meu companheiro, Rodrigo Paz, pelo suporte, carinho, força e confiança.

À minha mãe, sem a qual não seria possível alcançar essa conquista.

Ao meu filho, Benício, que mesmo tão pequeno se faz tão grande para mim com tudo o que me mostra e ensina.

Às minhas amigas Amanda, Brenda e Géssica, cuja amizade se estendeu para muito além da sala de aula.

Ao meu amigo Gabriel Couto, Coutim, que jamais me abandonou.

Minha gratidão ao amigo Marcos Soares, cuja vida e monografia me serviram de inspiração.

Agradeço, por fim, ao meu orientador, Prof. Dr. Fernando Martins, que se mostrou disposto e solícito desde o início deste trabalho.

Obrigada a todos por terem sido um pedaço do que sou e do que construí nos últimos 5 anos de minha vida.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a aplicabilidade do instituto da Responsabilidade Civil no Direito das Famílias, notadamente no que concerne à possibilidade de indenização por dano decorrente da perda de uma chance no âmbito familiar. Inicialmente é traçado um panorama geral do encontro entre a Responsabilidade Civil e o Direito das Famílias, apontando seus contornos contemporâneos e a ideia de dano moral na seara familiarista. Após, passa-se à análise da teoria da perda de uma chance e suas peculiaridades. Por fim, estuda-se a recepção da teoria pelo direito brasileiro e, mais especificamente, pelo Direito das Famílias, apontando-se algumas hipóteses de aplicação da tese e as problemáticas envolvidas.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Perda de uma chance; Direito das Famílias; Indenizabilidade; Relações familiares.

ABSTRACT

The following term paper aims to analyze the applicability of Civil Liability within the Family Law, especially regarding to the possibility of compensation for damages caused by the loss of chance in a family background. Initially, it is written an overview on the connection point between Civil Liability and Law Family, pointing its modern contours and the idea of moral damages on the family field. Then, it is analyzed the loss of chance doctrine and its peculiarities. At the end, it is studied how the theory is adopted by the Brazilian legal system e, more specifically, by Family Law, by pointing some hypothesis in which the loss of chance doctrine may be applied and the issues involved.

Keywords: Civil Liability; Loss of Chance Doctrine; Law Family; Civil Compensation; Family Relationships.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS.....	11
1.1 A FAMÍLIA NA HISTÓRIA E NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ...	11
1.2 LINHAS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	21
1.3 CONDIÇÕES PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	24
1.3.1 Conduta.....	25
1.3.2 Dano	29
1.3.3 Nexo Causal.....	31
1.4 O DANO MORAL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS.....	33
2 CONSOLIDAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	36
2.1 A TEORIA NOS DIREITOS FRANCÊS, INGLÊS E ITALIANO.....	36
2.2 CONCEITO E ELEMENTOS DA PERDA DA CHANCE.....	41
2.3 NATUREZA JURÍDICA DO DANO PELA PERDA DA CHANCE.....	46
2.4 CONDIÇÕES PARA RESSARCIBILIDADE DO DANO	53
2.5 QUANTIFICAÇÃO DO DANO	58
3 A PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO DAS FAMÍLIAS	61
3.1 A TEORIA NO DIREITO BRASILEIRO	61
3.2 COMPATIBILIDADE COM O DIREITO DAS FAMÍLIAS	68
3.3 HIPÓTESES DE APLICAÇÃO	72
3.4 LIMITES À RESPONSABILIDADE CIVIL NA ESFERA FAMILIAR: O ABANDONO AFETIVO E A MONETARIZAÇÃO DO AFETO	79
CONCLUSÃO.....	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	90

INTRODUÇÃO

As transformações e evoluções do último século redimensionaram o mundo não apenas em suas características físicas, mas também no seu aspecto social. A família, enquanto núcleo formador da sociedade, já não é mais associada a ideias patriarcais e patrimoniais.

A promulgação da novel Constituição Federal em 1988 redimensionou os princípios que norteiam o ordenamento jurídico, consagrando a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a democracia e a solidariedade, de forma que a estrutura familiar possa se formar por diversos fatores – as famílias são multifacetadas, com laços que vão além do mero vínculo biológico.

Hoje em dia já se fala em famílias formadas fora do casamento, famílias mono ou pluriparentais, famílias encabeçadas por casais homoafetivos, deixando de lado a existência de um modelo familiar único e tradicional formado por pais heterossexuais e seus filhos.

As mudanças deram uma roupagem nova não apenas ao Direito das Famílias, mas aos institutos civis como um todo, não escapando à remodelação o sistema de Responsabilidade Civil. Este é um dos ramos mais clássicos do Direito, devido ao forte caráter patrimonial que as relações jurídicas possuíam desde os primórdios da organização social, e se torna cada vez mais relevante a medida que os indivíduos e a coletividade buscam justiça pelo sofrimento que os acometem.

O caráter essencialmente individualista do instituto foi dando lugar a ideias de cunho solidarista; antes centrada na ilicitude da conduta e visando a punição do indivíduo que agiu com dolo e cometeu ato lesivo, hoje a responsabilização foca na vítima e se presta a reparar o dano injusto. Os novos fenômenos políticos, sociais, ambientais e econômicos dão espaço a criação de novas categorias de dano e, assim, os requisitos clássicos da responsabilidade civil vêm sofrendo alterações inegáveis, permitindo que se indenizem não apenas os danos patrimoniais, mas também aqueles de natureza extrapatrimonial.

É neste contexto que o Direito das Famílias se encontra com a Responsabilidade Civil. Contudo, sempre houve elevado grau de resistência em se recorrer ao instituto para resolver problemas havidos dentro da seara familiarista. O direito familiar envolve relações muito delicadas e íntimas, relacionadas aos sentimentos mais profundos e que conectam os seres humanos de forma bastante complexa. Boa parte da doutrina teme, acertadamente, que recorrer de forma desmedida à responsabilidade civil possa significar a monetarização das relações familiares e do afeto.

A despeito disso, é inegável que, não raras vezes, dentro do âmbito familiar, indivíduos cometem atos contrários a seus deveres familiares, ferem princípios constitucionais e desrespeitam direitos e garantias fundamentais inerentes ao status magno da família, como os direitos da personalidade, a dignidade humana e a autonomia da vontade, além da solidariedade. Afastar a incidência da responsabilidade civil no direito das famílias poderia levar à injustiça no campo das relações consideradas mais sagradas para a humanidade.

Neste desenho abre-se espaço cogitar a ideia de conceder reparação pecuniária pela perda da chance de se alcançar resultados favoráveis ou de se evitar resultados danosos, afigurando-se a responsabilidade civil pela perda de uma oportunidade, também, no Direito das Famílias.

A teoria da perda de uma chance gera bastantes controvérsias na doutrina e jurisprudência, não havendo ainda um consenso sobre as condições gerais de sua aplicação. Revela-se, portanto, importante o seu estudo para que se delineiem os aspectos controvertidos da matéria, permitindo um maior entendimento a seu respeito.

Dada a relevância atual do tema, a presente monografia objetiva analisar a aplicabilidade do instituto da Responsabilidade Civil no âmbito familiar, notadamente no que concerne à teoria da perda de uma chance. Para tanto, o estudo foi esquematicamente dividido em três partes.

Em um primeiro momento analisa-se a responsabilidade civil no Direito das Famílias. É traçado um esboço histórico-principlológico da família, apontando-se seus contornos na Antiguidade e nos dias contemporâneos. Passa-se pela compreensão jurídica e social de entidade familiar ao longo da história e pelos seus referenciais hodiernos. Traçam-se alguns comentários, também, acerca da Responsabilidade Civil no ordenamento jurídico brasileiro, enfatizando os pressupostos para a configuração do dever de reparar – a conduta, o dano e o nexo de causalidade – e os seus desdobramentos na seara familiarista.

Após, passa-se à análise da teoria da perda de uma chance, desde a sua origem na doutrina francesa, com foco também nas nuances do direito britânico e do direito italiano. Apontam-se o conceito e os elementos da perda de uma chance, bem como sua natureza jurídica, alvo de grande discussão doutrinária e jurisprudencial, e as condições essenciais para ressarcibilidade do dano pela perda de uma chance. Comenta-se, também, sobre as técnicas usadas para quantificação do dano.

Por fim, desloca-se para o estudo mais específico da perda de uma chance no Direito das Famílias. Estuda-se a recepção da teoria pela doutrina e jurisprudência brasileiras, indicando sua compatibilidade com a seara familiarista. Após, indicam-se algumas hipóteses

de aplicação da perda de uma chance, como na perda da oportunidade de convivência familiar por ocultação da gravidez, aborto ou alienação parental, de perda da chance de obter pensão alimentícia, perda de oportunidades pelo término da relação amorosa e, ainda, das chances perdidas decorrentes do abandono afetivo. Ao final, esboçam-se alguns limites para a aplicação da teoria diante da possível monetarização do afeto.

A pesquisa em tela enquadra-se na modalidade bibliográfica, porquanto recuperou-se o conhecimento científico acumulado sobre a problemática formulada, analisando-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da reparação pecuniária da perda de uma chance no Direito das Famílias.

O método científico utilizado foi o dedutivo, permitindo-se que, a partir da interpretação das leis, teoria e princípios, fosse transcorrido o raciocínio lógico de reconhecimento das novas categorias de danos abarcados pela responsabilidade civil e plenamente aplicáveis às lesões ocorridas no seio familiar.

A questão aqui debatida é complexa e inegavelmente controvertida, reclamando uma reflexão profunda e ampla tanto dos estudiosos do Direito, dos seus aplicadores e da sociedade.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

1.1 A FAMÍLIA NA HISTÓRIA E NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Entender o sentido da palavra “família” e, para além disso, conceituá-la, pressupõe uma análise da forma como ela tem evoluído ao longo da história, já que as constantes modificações sociais fazem com que a sua concepção se altere de modo considerável.

Apesar de encontrar-se disposta no ordenamento jurídico pátrio a nível constitucional, o legislador não atribuiu significado a ela. Maria Helena Diniz, por sua vez, conceitua a família, num sentido amplo, como todos os indivíduos ligados pelo vínculo de consanguinidade ou de afinidade. Em sentido restrito, discorre que a família se trata apenas dos cônjuges e da prole¹.

A visão de Silvio de Salvo Venosa não é muito diferente: “*A família em um conceito amplo é o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder*”². O autor acrescenta que “*a família é uma união associativa de pessoas, sendo uma instituição permanente integrada por pessoas cujos vínculos derivam da união de pessoas de sexos diversos*”³.

A família, no entanto, não é estática perante os avanços da sociedade. Por isto torna-se difícil sua conceituação. A família evolui em conjunto com a sociedade, bem como o entendimento do que ela significa e sua relevância no contexto jurídico.

O antropólogo e etnólogo Lewis Henry Morgan aponta que a família é um *elemento ativo*, pois nunca está alheia às transformações. Ao contrário, ela acompanha a evolução da sociedade em seus mais diversos núcleos⁴. A história da família é longa e não linear – cada sociedade busca adaptar a forma familiar às suas necessidades.

Morgan aponta que, nos primórdios da humanidade, houve uma época primitiva em que predominava a promiscuidade sexual no seio das tribos. Cada homem pertencia igualmente a todas as mulheres e cada mulher pertencia igualmente a todos os homens, sem os

¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. Vol. 5. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 9.

² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil, Direito de Família*, 3ª ed., Vol. 6, São Paulo: Atlas, 2003, p. 16.

³ Ibidem, p. 22.

⁴ MORGAN, Lewis H. *Apud ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Coleção “Perspectivas do Homem”. V. 99. Série “Ciências Sociais”. Direção de Moacyr Félix. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984, p. 30.

impedimentos impostos por costumes limitadores⁵. Segundo Friedrich Engels, a tolerância e ausência de ciúme foi a condição essencial para o surgimento de tribos maiores e mais estáveis, constituindo matrimônio por grupo⁶. As construções familiares tinham cunho meramente sexual e as relações de parentesco não eram delimitadas.

Deste estado primitivo formaram-se modelos diversos de família, quais sejam, consanguínea, punaluana, sindiásmica e monogâmica, refletindo, cada uma delas, um diferente estágio de cultura⁷.

A Família Consanguínea, caracterizada pela exclusão de pais e filhos das relações sexuais recíprocas, é a expressão do primeiro avanço na formação da família. Os grupos conjugais são classificados por gerações, isto é, irmãos e irmãs são, necessariamente, marido e mulher, apontando que a constituição familiar se dava por meio de relações carnavais endogâmicas.

A Família Punaluana apresenta os primeiros indícios de proibição do incesto, porquanto as relações entre irmãos são excluídas e criam-se novas categorias familiares de sobrinhos e sobrinhas, primos e primas. Ainda permanecia, contudo, a poligamia, em uma comunidade recíproca de maridos e mulheres no seio de um determinado círculo familiar. Ademais, aqui reconhecia-se apenas a linhagem materna e as relações provenientes desta, visto que na família por grupos havia dificuldade em ter certeza quanto à paternidade da criança.

Proibida a relação sexual entre todos os irmãos e irmãs, o círculo fechado de parentes consanguíneos por linha feminina se transforma numa *gens*, não podendo um casar-se com outro da mesma ascendência. A partir de então, este círculo começa a construir instituições de ordem social e religiosa comuns e, com isso, se diferencia de outras *gens* da mesma tribo.

Mais tarde foi-se proibindo também o casamento entre indivíduos de um mesmo sistema familiar, tornando impossível o até então vigente matrimônio por grupo. Dá-se espaço, neste contexto, à Família Sindiásmica, na qual as uniões se davam em pares, embora a poligamia e a infidelidade ocasional ainda fossem um direito do homem; da mulher, contudo, era exigida fidelidade enquanto durasse o vínculo conjugal. De qualquer forma, o matrimônio poderia ser facilmente dissolvido por qualquer das partes e, nesta hipótese, os filhos pertenciam exclusivamente à mãe.

De acordo com Engels, a família sindiásmica é o estágio evolutivo que permitiu o desenvolvimento da Família Monogâmica, assentada no predomínio do homem e na finalidade

⁵ Ibidem, p. 31.

⁶ ENGELS, Friedrich. *Op. cit.*, p. 35.

⁷ Cf. MORGAN *Apud* ENGELS. *Op. cit.*

de gerar filhos cuja paternidade fosse indiscutível, principalmente para fins sucessórios, pois o filho, eventualmente, teria a posse dos bens de seu pai. Os laços matrimoniais são mais sólidos e apenas o homem poderia romper o vínculo e repudiar sua esposa, além de ter direito ao adultério.

O alemão descreve a evolução da família na civilização grega, notadamente em Esparta e Atenas. Naquela predominava o matrimônio por grupos, uma família sindiásmica modificada pelas concepções dominantes do Estado; nesta, a função do homem e da mulher eram bem definidos: ela lidaria apenas com outras mulheres e com a prole, enquanto ele ficaria responsável pela vida externa ao campo doméstico.⁸

O historiador Philippe Airés destaca a ausência de afetividade nas famílias da Antiguidade, marcadas pela busca da procriação, ajuda mútua cotidiana, conservação dos bens constituídos e, em situações de crise, a conservação da honra e da vida⁹.

Engels acrescenta que a família monogâmica não estava em nada relacionada ao amor sexual individual, mas sim a uma conveniência pautada em conveniência. E vai além:

A monogamia não aparece na história, portanto, absolutamente, como uma reconciliação entre o homem e a mulher e, menos ainda, como a forma mais elevada de matrimônio. Pelo contrário, ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre os sexos, ignorado, até então, na pré-história. Num velho manuscrito inédito, redigido em 1846 por Marx e por mim, encontro a seguinte frase: “A primeira divisão do trabalho é a que se fez entre o homem e a mulher para a procriação dos filhos”. Hoje posso acrescentar: o primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher na monogamia; e a primeira opressão de classes, com a opressão do sexo feminino pelo masculino.¹⁰

A análise da história antiga é fundamental para o entendimento da estrutura familiar das sociedades mais recentes, considerando que o modelo monogâmico, originado da evolução dos modelos anteriormente citados, foi o que se perpetuou pelas civilizações ao longo do tempo na maior parte do mundo.

A família romana é um importante exemplo de perpetuação da monogamia. No Direito Romano, o pai é a figura mais relevante, revelando a autoridade do homem sobre a mulher e a prole, que tinha poder de vida e morte sobre eles. A família era, ao mesmo tempo, uma unidade econômica, religiosa, política e jurídica subjugada ao *pater familias*, numa relação

⁸ ENGELS. *Op. cit.* p. 69.

⁹ ARIÉS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Traduzido por Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1978. p. 10.

¹⁰ ENGELS. *Op. cit.* p. 70-71.

cuja finalidade marcante era a perpetuação da posse dos bens, que passariam do pai aos filhos legítimos.¹¹

A concepção estritamente patriarcal começou a se reformular no tempo do imperador Constantino. Com ele, no começo do século IV, adentra lentamente na legislação romana uma nova concepção de família, trazendo a ideia cristã da família conjugal. Nela, a família forma um grupo, não extenso como na família patriarcal, mas restrito: compreende o marido, a mulher e os filhos. Este grupo tem uma coesão fundamentada não necessariamente na autoridade do marido, mas sim no sacramento do matrimônio.¹²

Com a popularização do Cristianismo e advento do Direito Canônico, as famílias passaram a ser instituídas tão somente através da cerimônia religiosa. O casamento sofreu uma grande variação em sua essência, pois foi elevado pela Igreja Católica ao título de sacramento – homem e mulher selavam sua união perante Deus, de maneira indissolúvel, tornando-se uma só entidade física e espiritual. Isso importa dizer que o matrimônio não poderia ser desfeito pelas partes, pois somente a morte separaria tal união.¹³

O fortalecimento dessa ideia espiritual fez com que a Igreja passasse a interferir muito mais e de forma mais incisiva na vida da sociedade, reprovando e combatendo qualquer coisa que pudesse fragmentar o seio familiar. A supremacia do casamento tornou o adultério proibido inclusive para os homens.¹⁴

Por outro lado, fortaleceu-se a autoridade masculina, tornando-o chefe absoluto da família. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

A influência ou autoridade da mulher era quase nula, ou diminuída de toda a forma: não se justificava a mulher fora de casa. Ela estava destinada a inércia e a ignorância. Tinha vontade, mas era impotente, portanto, privada de capacidade jurídica. Consequentemente, na organização familiar, a chefia era indiscutivelmente do marido. Este era também o chefe da religião doméstica e, como tal, gozava de um poder absoluto.¹⁵

Para Carlos Celso Orcesi da Costa, contudo, não se pode deixar de destacar a importância do Direito Canônico. Segundo o autor, a quase-unanimidade dos estudiosos aponta

¹¹ CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 99.

¹² Cf. MAZEAUD, Henri; León; Jean. *Lecciones de Derecho Civil*, vol. III, parte I, La Familia. Buenos Aires: Ediciones Juridicas, 1956, pp. 29-30. *Apud* RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 10-11.

¹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 23.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 3v. p. 16 -7

¹⁵ *Ibidem*, p. 61.

que a ação da Igreja contribuiu para a estabilização dos vínculos familiares, apesar de ter sido feita por meios teóricos, dogmáticos e limitadores.¹⁶

O início da Modernidade, notadamente após a Revolução Francesa, foi marcado pelo aparecimento de uma nova concepção de pessoa, guiada pelo reconhecimento de sua subjetividade e abrindo novo espaço para dedicação aos sentimentos. A Igreja passou a ter menos importância e os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade se estenderam por todos os âmbitos da sociedade, inclusive, de certa forma, às entidades familiares. Os movimentos de luta por igualdade de gênero e maior respeito à mulher deram margem ao afeto enquanto base da família.¹⁷

Há de se remarcar, contudo, que o individualismo exacerbado ainda se encarregava de pregar a superioridade masculina e mulheres e crianças permaneciam sem direitos tutelados. A afetividade, a liberdade e a igualdade existiam na teoria, mas na prática os relacionamentos familiares se vinculavam ao matrimônio e à ideia de legitimidade.¹⁸

Percebe-se, portanto, que o Direito das Famílias, no curso da história, enfatizou o matrimônio como formador da família e deu especial atenção à consaguinidade e à sucessão. Apenas na Modernidade passou-se a enfatizar a subjetividade, a afetividade e a igualdade, ainda que de forma discreta.

Assim ocorreu também no Brasil. Três modalidades de casamento eram aceitas durante o período colonial: o católico, celebrado nos ditames do Concílio de Trento; o entre católicos e não-católicos, realizado nos ditames do Direito Canônico; e o entre não-católicos, que seguia as diretrizes de suas respectivas seitas.¹⁹

Ao longo do reinado português de Dom João VI, as Ordenações Filipinas eram o diploma legal vigente no Brasil e admitiam, além do casamento realizado pela Igreja, somente o matrimônio em que o consenso entre os novos fosse ratificado por testemunhas, mesmo que sem a intervenção de uma autoridade religiosa.²⁰

Mesmo após a independência política em 1822, foram estabelecidas para vigerem em terras brasileiras as Ordenações Filipinas. Assim, no período imperial brasileiro, como no Direito Canônico, o casamento válido era o católico, de forma que não se admitia a validade do

¹⁶ ORCESI DA COSTA, Carlos Celso. *Tratado do casamento e do divórcio*. Vols. 1 e 2. São Paulo: Saraiva, 1987. *Apud* RIZZARDO, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 20.

¹⁷ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, pp. 195-196.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Op. cit.* p. 19.

²⁰ *Ibidem*.

casamento senão com o a benção da Igreja. O casamento civil não era vislumbrado e, por conseguinte, era juridicamente irrelevante.

Repetia-se no Império, desta forma, o modelo familiar visto em tempos pretéritos:

Assim, no Brasil Imperial, um núcleo familiar era aquele disposto no modelo patriarcal, em que havia a pessoa do pater, que era o chefe da família, provedor do lar, magistrado e depositário de toda autoridade que possuía sobre todos os que viviam sob o seu amparo, o que incluía seus filhos, esposa e empregados, bem como aquela resultante dos vínculos do casamento, baseada nos fundamentos religiosos e com apreensão voltada aos bens patrimoniais.

Quer dizer, o modelo familiar patriarcal brasileira sofreu diretamente a influência dos núcleos patriarcais lusitanos, os quais seguiram, em linhas gerais os traços das famílias europeias, fundadas nos princípios do Direito Romano, Direito Germânico e Direito Canônico.²¹

A primeira tentativa de organização de normas civis brasileiras ocorreu em 1858, por meio do Decreto nº 2.318, que continha a Consolidação das Leis Civis. Tal diploma estabelecia que o casamento deveria ser celebrado nos ditames do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia. O matrimônio clandestino era passível de sanção, combatendo-se qualquer tipo de união que não a matrimonializada.²²

Apenas em 1861, com o advento da Lei nº 1.144, surgiu o casamento acatólico, celebrado entre nubentes que fizessem parte de religiões cristãs não católicas e realizado de acordo com seu respectivo culto. Ainda assim, quem não apresentava uma crença cristã continuava impedido de qualquer tipo de casamento e, por conseguinte, de instituir família. Não obstante, as uniões não católicas passaram a ter efeitos civis, surgindo o registro civil estatal.²³

Ato consecutivo foi a publicação do Decreto nº 3.069, de 1863, que tratou dos nascimentos, casamento e óbitos de cidadãos brasileiros que não professassem a fé católica. Assim, o Brasil passou a apresentar três formas de união matrimonial: a) o católico, que seguia os parâmetros do Concílio de Trento; b) o misto, entre católicos e não católicos; c) e o acatólico, realizado entre pessoas de outro culto religioso. O Decreto acolhia a prova do casamento apenas através da certidão com dizeres de ministros ou pastores, isto é, somente o atestado religioso comprovava a existência do matrimônio.²⁴

O casamento puramente civil surgiu somente em 1890, por meio do Decreto nº 181, com lavra de Rui Barbosa, que extinguiu a jurisdição eclesiástica e apontou como único

²¹ XAVIER, Lucas Bittencourt. *A família brasileira em face da história e do direito*. Revista Científica FAGOC – Jurídica. V. 1. N. 1. 2016. Disponível em < <http://revista.fagoc.br/index.php/juridico/article/view/55>>. Acesso em 12 de junho de 2018.

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

matrimônio protegido e reconhecido o celebrado frente a autoridades civis. À época surgiram, também, os atos legislativos que separavam a Igreja e o Estado, revogando-se o decreto de 1827 que adotara o Direito Canônico como base matrimonial no Brasil.²⁵

Contudo, o Código Civil de 1916, responsável pela revogação definitiva das normas de Direito Civil das Ordenações Filipinas, foi fortemente influenciado pelo Direito Canônico, reforçando a ideia de patrimonialização e matrimonialização das relações familiares²⁶. Nas palavras de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Faria:

Sob a égide do Código Civil de 1916, cuja estrutura era exclusivamente matrimonializada (somente admitida a formação da família pelo casamento), dizia-se que o Direito das Famílias era o “complexo da normas e princípios que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que *dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela, curatela e da ausência*”, como assinalou Clóvis Beviláqua, autor do projeto de lei que se converteu na Codificação já revogada.²⁷ (grifos do autor)

O texto do diploma legal de 1916 reconhecia a família apenas como a originada do casamento e mantinha uma visão estreita. A dissolução do casamento era impedida e havia qualificações discriminatórias para quaisquer pessoas que mantivessem relacionamento fora do casamento e as regras concernentes aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e excludentes. O caráter da filiação (distinguindo os filhos legítimos e ilegítimos, naturais e adotados) era anotado no assento de nascimento e a guarda da criança estava relacionada à culpa na separação, ficando o menor sob os cuidados do cônjuge inocente²⁸. Neste sentido:

Apesar da preocupação com o círculo social da família do diploma civil de 1916, esse mesmo documento pouco se preocupou com a pessoa humana em suas particularidades ou com sua satisfação pessoal como integrantes da célula mater da sociedade.

A legislação vigente à época se limitava a disciplinar e proteger os “bens” da família, e não a família como um bem social a ser protegido. A paz e o equilíbrio familiar eram compreendidos na medida em que cada membro de uma família cumpria devidamente sua função para a obtenção dos fins, geralmente patrimoniais. O marido foi instituído como o chefe da sociedade conjugal, conforme o artigo 230 do Código Civil de 1916. À mulher, restaram-lhe os cuidados com os filhos e o lar, segundo prelecionava o artigo 240 da citada legislação (BRASIL, 1916).²⁹

²⁵ Ibidem.

²⁶ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 38.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. V. 6. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 13.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev. atual. e ampl. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 30.

²⁹ XAVIER, Lucas Bittencourt. *Op.cit.*

A mulher passou a adquirir certa dignidade como membro do núcleo familiar apenas em 1962, com a publicação da Lei ° 4.121 (Estatuto da Mulher Casada), que equiparou os direitos da esposa aos do marido e emancipou a mulher casa, até então vista como incapaz. Restaurou, ainda, o poder familiar da mulher viúva que contraísse novo casamento. Restringiu-se, ao menor na norma, a superioridade masculina no seio da família, como claro desdobramento dos efeitos feministas da Revolução Industrial de 1930, ainda que de forma tímida.³⁰

Aos olhos do Código de 1916, os filhos eram vistos apenas como força de trabalho para a obtenção de manutenção dos bens de família, não lhes sendo conferida nenhuma dignidade. A situação era ainda pior para os filhos ilegítimos, que não recebiam qualquer proteção do Estado. O poder era exclusivo da figura paterna, que muitas vezes aplicava uma educação autoritária e severa.³¹

O divórcio foi finalmente instituído em 1977, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 9 e da Lei nº 6.515. A emenda, alterando a Constituição Federal de 1967, aduzia que o casamento poderia ser dissolvido mediante comprovação da prévia separação judicial. A lei, de seu turno, detalhava os institutos da separação judicial e do divórcio, apontando seus efeitos. Dava-se margem, com isso, à criação de novos modelos de entidade familiar além do casamento.

Até o momento, o ordenamento jurídico brasileiro esteava a família em bases matrimoniais e patrimoniais, em um sistema patriarcal que discriminava os filhos e concedia direitos e deveres diferentes para cada um dos membros da família. O afeto e a igualdade não eram, necessariamente, base para a manutenção familiar.

A Constituição Federal de 1988, ao trazer um título inteiro dedicado à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, trouxe uma nova releitura ao Direito das Famílias, estabelecendo que a família é a base da sociedade. A instituição familiar e as relações de parentesco abarcaram os direitos e garantias conquistados pela evolução social.

A família deixou de ser a formada apenas pelo casamento e, enquanto base da sociedade, tem especial proteção do Estado. A Constituição trouxe uma nova essência, dando prioridade à proteção da família, da criança e do adolescente e tratando os filhos de forma igualitária, deixando para trás, pelo menos em teoria, a ênfase dada ao matrimônio e aos filhos nele havidos.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

Maria Berenice Diniz comenta sobre as novidades trazidas pela novel Constituição Federal:

A Constituição Federal de 1988, como diz Zeno Veloso, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como a união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico. Como lembra Luiz Edson Fachin, após a Constituição, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família.³²

Defendeu-se, deste então, a constitucionalização do Direito das Famílias³³, impulsionando mudanças e avanços sociais que até então eram alheios aos costumes e ao Direito brasileiro. Rolf Madaleno aponta a dessacralização da família, “*dando lugar a uma família que prioriza a pessoa humana, seu bem-estar e o pleno desenvolvimento das capacidades e virtudes de cada um de seus componentes*”³⁴.

Por fazer parte do ordenamento jurídico uma legislação ultrapassada que se mostrava inadequada frente aos avanços sociais modernos e até mesmo aos ditames constitucionais, em 2002 foi promulgada a nova Legislação Civil, remodelando a concepção de família. Assim aduz Carlos Roberto Gonçalves:

Todas as mudanças sociais havidas na segunda metade do Século passado e o advento da Constituição Federal de 1988 (...) levaram à aprovação do Código Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma “paternidade responsável” e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas e aos estudos do DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não-discriminação do filho, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar.³⁵

Contudo, a legislação civil mais recente não está livre de críticas. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Não se pode dizer que é um novo código – é um código antigo com um novo texto. Tenta, sem muito sucesso, afeiçoar-se às profundas alterações por que passou a

³² DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, pp. 30-31.

³³ Neste sentido: MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 38.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 33-34.

família no século XX. Talvez o grande ganho tenha sido excluir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade. Foram sepultados todos aqueles dispositivos que já eram letra morta e que retratavam ranços e preconceitos discriminatórios. (...)

O legislador, infelizmente, também cometeu inconstitucionalidades. A perquirição da culpa na separação é um dos grandes exemplos da falta de sensibilidade para com o clamor da doutrina. O mundo de hoje não mais comporta uma visão idealizada da família. Seu conceito mudou. A sociedade concede a todos o direito de buscar a felicidade, independentemente dos vínculos afetivos que estabeleçam. É ilusória a ideia de eternidade do casamento. A separação, apesar de ser um trauma familiar doloroso, é um remédio útil e até necessário, representando, muitas vezes, a única chance para ser feliz. Impor a um dos cônjuges que desnude a intimidade do outro, trazendo a juízo os fatos que tornaram insuportável a vida em comum fere o direito à privacidade, além de afrontar a dignidade do par do qual quer se desvencilhar.³⁶

Faz-se necessário, portanto, uma leitura constitucional e social do atual Código Civil, tendente a fugir das injustiças e da concepção familiar patriarcal retrógrada vigente nos tempos passados. A família deve se adaptar aos preceitos modernos, porquanto ligada ao avanço da humanidade e da sociedade de acordo com as novas descobertas do homem. É inadmissível submeter um instituto tão mutável a concepções presas a valores primitivos.³⁷

O intuito é afastar-se do caráter puramente patrimonial, patriarcal e matrimonializado para abrir espaço a estruturas plurais, sob a égide dos princípios da igualdade, da dignidade humana e da afetividade. A nova ordem constitucional clama pela valorização da pessoa, e não de suas posses, porque o Estado deixa de proteger as relações de produção da família e passa a se preocupar com suas condições morais, materiais e jurídicas, a fim de possibilitar que o indivíduo se realize plenamente em seu círculo familiar.³⁸

Novos conceitos já são apontados para o vocábulo “família”, consonantes com as ideias promissoras da sociedade moderna, na qual se busca a felicidade pessoal e solidária, em detrimento do individualismo puro, e a família passa a ser não um fim em si, mas meio de promoção da pessoa humana.³⁹

Farias e Rosenvald ressaltam a importância da entidade familiar enquanto instituição social, que pode ser considerada um emaranhado de relações sociais e interpessoais, com ou sem a presença de sexualidade, com o objetivo de alcançar a realização de todos que compõem o seu núcleo⁴⁰. Isto importa dizer que “*família é o lugar adequado em que o ser*

³⁶ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 32.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 5.

³⁸ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Apud* MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 41.

³⁹ Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 10.

*humano nasce inserido e, merecendo especial proteção do Estado, desenvolve a sua personalidade em busca da felicidade e da realização pessoal”*⁴¹.

A organização autoritária centrada no poder do pai é, aos poucos, substituída por uma orientação democrática e afetiva, fundada na ética, na igualdade e solidariedade entre seus membros e na dignidade da pessoa humana. A família não é mais formada apenas pelo pai, mãe e seus filhos, mas por qualquer maneira possível de demonstrar amor, respeito e solidariedade.

1.2 LINHAS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade Civil é um tema que está em crescente evolução. Progressivamente, os Tribunais pátrios têm reconhecido diferentes modalidades de danos, sejam eles patrimoniais ou extra patrimoniais⁴². O cenário atual, no qual os cidadãos estão cada vez mais cientes de seus direitos, corrobora com a evolução do tema em questão, pois são diversas as situações em que os indivíduos requerem ao judiciário a tutela de seus interesses privados, levando para apreciação dos julgadores casos distintos que carregam consigo um leque de possibilidades. Paulo Nader, nesse sentido, explica:

Como o Direito deve acompanhar *pari passu* a civilização, as formas originais de danos ao patrimônio e à personalidade exigem critérios próprios de aplicação dos princípios e normas da responsabilidade civil, cabendo à doutrina e à jurisprudência, em primeiro lugar, a definição dos danos indenizáveis, seus pressupostos e a medida da satisfação às vítimas ou seus herdeiros.⁴³

O termo “responsabilidade” tem seu significado e produz efeitos não apenas juridicamente, como também no âmbito social. De modo generalizado, responsabilidade significa “obrigação de responder pelas ações próprias ou dos outros”⁴⁴.

Em seu sentido cotidiano, responsabilidade é a obrigação de arcar com as consequências do seu próprio comportamento ou do comportamento de pessoa a qual você é incumbido de cuidar.

A origem do termo responsabilidade se deu na Roma antiga, derivado do latim *spondeo*, onde o vocábulo era empregado nas relações contratuais para exprimir a vontade das

⁴¹ Ibidem, p. 12.

⁴² NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 7: responsabilidade civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 20.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da língua portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010, p. 2000.

partes de firmarem um pacto, emitindo a ideia de contraprestação. A ideia de dever, por exemplo, é inerente ao conceito de responsabilidade.

Mencionando o trabalho de G. Marton, José de Aguiar Dias leciona:

Um grande jurista, que investigou apaixonadamente a questão, frisa o acerto dessa concepção, ao pôr em relevo o caráter unitário contido na noção de responsabilidade. Mostra que ela não é independente de qualquer premissa, mas ‘termo complementar de noção prévia mais profunda, qual seja a de dever, de obrigação’. A responsabilidade é, portanto, resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação. Se atua na forma indicada pelos cânones, não há vantagem, porque supérfluo, em indagar a responsabilidade daí decorrente. Sem dúvida, continua o agente responsável pelo procedimento. Mas a verificação desse fato não lhe acarreta obrigação nenhuma, isto é, nenhum dever traduzido em sanção ou reposição, como substitutivo do dever de obrigação prévia, precisamente porque a cumpriu.

O que interessa, quando se fala de responsabilidade, é aprofundar o problema na face assinalada, de violação da norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente. Marton estabelece com muita lucidez a boa solução, quando define responsabilidade como a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas.⁴⁵

Em se tratando do contexto jurídico, a responsabilidade reside na concepção de não causar prejuízo a outrem.

A responsabilidade civil extracontratual é também chamada de aquiliana, em razão da Lei de Aquilia de Damno, do final do século III a.C., e que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual.⁴⁶

Em sua origem, o instituto da responsabilidade possuía um intento de vingança. O caráter de retaliação da responsabilidade civil perdurou por um longo período. Após ter sido verificada pelos romanos as injustiças cometidas que tinham como justificativa a Lei de Aquilia de Damno, a indenização imposta pela responsabilidade civil perdeu o cunho de vingança privada.

A evolução da responsabilidade civil se deu a nível global. Ela se tornou, então, a reparação do dano imposta àquele que, através de ato ilícito, por ação ou omissão, causou dano a outrem, assim recepcionada pelo Direito Comparado também. Neste sentido, Plácido e Silva conceitua a responsabilidade civil da seguinte forma:

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada

⁴⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 4.

⁴⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 5. Ed. Ver., atual. E ampl. Rio de Janeiro, 2016, p. 512.

ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.⁴⁷

Apesar de se falar da Responsabilidade civil como o dever de reparar ou indenizar, ela se trata também de direito subjetivo da vítima.

Adentrando no sistema jurídico pátrio como dever de reparação, a Responsabilidade Civil como é conhecida hoje, após o advento da Constituição Federal de 1988, passou a se pautar na dignidade da pessoa humana, de modo que ela não mais se reduz a apenas condenar o agente culpado, mas, principalmente, se respalda em reparar o dano causado à vítima, como explicitado acima. Acerca da definição da responsabilidade Civil, Sérgio Cavalieri Filho afirma que:

A responsabilidade civil parte do posicionamento que todo aquele que violar um dever jurídico através de um ato lícito ou ilícito, tem o dever de reparar, pois todos temos um dever jurídico originário, o de não causar danos a outrem e ao violar este dever jurídico originário, passamos a ter um dever jurídico sucessivo, o de reparar o dano que foi causado.⁴⁸

Desta forma, compreende-se que a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo, decorrente do dano causado em virtude do descumprimento de uma obrigação originária. Isto porque considera-se que a Responsabilidade Civil carrega consigo dois deveres: o dever primário, que consiste no cumprimento de determinado comando (fazer ou não-fazer); e o dever secundário, que surge quando não se cumpre a ordem de comando do dever primário. Este último refere-se ao dever de recolocar a vítima de um dano injusto na situação em que estava antes da ocorrência do ato ilícito. O descumprimento da obrigação de não lesar acarreta uma desordem, um desequilíbrio na situação jurídico-patrimonial da vítima.

Assim leciona Sérgio Cavalieri Filho:

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado secundário, que é o de indenizar o prejuízo.⁴⁹

⁴⁷ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008, p. 642

⁴⁸ CAVALERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.2.

⁴⁹ Ibidem, p. 3.

Nesta seara, Aguiar Dias expõe que “*o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil*”⁵⁰.

De forma clara e direta, Roberto Norris aponta a compensação como o traço mais característico da responsabilidade civil, escrevendo que “*seus objetivos são os de compensar as perdas sofridas pela vítima e desestimular a repetição de condutas semelhantes em um momento posterior*”⁵¹.

Maria Helena Diniz condensa o entendimento de vários pensadores e define a responsabilidade civil como a execução de meios que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a outrem em razão de ato próprio, de pessoa por quem ele responde, de fato ou coisa animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.⁵²

Rui Stoco descreve a responsabilidade civil como uma consequência, e não uma obrigação original, porquanto em se tratando de um dever jurídico originário, a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo ou consequente.⁵³

1.3 CONDIÇÕES PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para que haja a configuração da responsabilidade civil, tem-se o disposto no art. 186 do Código Civil de 2002, que diz que “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*” Em outras palavras, os pressupostos gerais necessários da responsabilidade civil são: a conduta humana, o dano causado, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano e, em determinadas situações, a culpa.

O Código Civil, conforme mencionado, conceitua ato ilícito em seu artigo 186, estabelecendo que ele se trata da violação de direito que causa dano a outrem, seja por conduta comissiva ou omissiva. Ainda neste sentido, o artigo 927, também do Código Civil, dispõe que fica obrigado a reparar o dano aquele que o cause por ato ilícito. Não basta o ato ilícito; é necessário que a conduta do agente resulte em um dano para a vítima.

⁵⁰ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p.43-44.

⁵¹ NORRIS, Roberto. *Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. *Apud* STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil – doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 133.

⁵² DINIZ, Maria Helena. *Responsabilidade civil do empregador por ato lesivo de empregado na Lei. 10.406/2002*. São Paulo: Revista do Advogado, n. 70, ano XXIII, julho de 2003, p. 74.

⁵³ *Ibidem*, p. 135.

O ordenamento jurídico brasileiro, além de reconhecer a responsabilidade civil subjetiva (que tem como pressuposto da responsabilidade o fator culpa), reconhece também a responsabilidade objetiva, que admite o dever de reparação, independente da culpa ou do dolo.

Faz-se mister, então, diferenciar a responsabilidade civil subjetiva da responsabilidade civil objetiva. Por via de regra, a responsabilidade pela reparação do dano é subjetiva porque se baseia culpa. Ela se pauta na Teoria da Culpa, já que o ato ilícito que a provoca tem como um de seus elementos essenciais a conduta culposa⁵⁴. Diante da grande dificuldade na comprovação dos pressupostos necessários à responsabilização subjetiva, a aplicação da Teoria do Risco permite a responsabilidade civil independentemente de culpa, isto é, de forma objetiva.

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil estabelece que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A compreensão dos dispositivos elencados leva a percepção dos elementos fundamentais para que se tenha o dever de indenizar, os quais configuram a responsabilidade civil como um todo, quais sejam: a conduta humana, que se traduz no comportamento comissivo ou omissivo do agente, qualificado pela culpa; o dano suportado pela vítima do ato ilícito; e, por fim, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance no Direito das Famílias, sendo imprescindível avaliar a natureza jurídica do instituto da perda de uma chance, o qual exige, para sua configuração, a culpa, o dolo e o dano, sendo os dois últimos relativizados pela teoria e, principalmente o dano, uma vez que pode-se entender, para alguns doutrinadores, a perda de uma chance como um nova categoria de dano.

1.3.1 Conduta

Da conduta humana se faz o ato ilícito, do qual se origina a responsabilidade civil. Ato ilícito é a manifestação de vontade dolosa ou culposa que viola direito e causa dano à

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Responsabilidade civil: noções gerais – responsabilidade objetiva e subjetiva*. In: *Responsabilidade civil contemporânea*. Coordenado por Otavio Luiz Rodrigues Junior, Gladston Mamede e Maria Vital da Rocha. São Paulo: Atlas, 2011, p. 43.

vítima, através de uma conduta comissiva ou omissiva, ensejando responsabilidade e reparação civil.

A conduta humana é pressuposto para configuração do dever de indenizar que se encontra no Código Civil, cuja extração se faz do texto do artigo 186, o qual indica que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Nos dizeres de Maria Helena Diniz:

Conduta é a ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.⁵⁵

A conduta comissiva é classificada como positiva, no sentido de ação, de fazer. A conduta omissiva, por sua vez, consiste no abster-se, de deixar de fazer algo a que estava obrigado. Omissiva é, portanto, a inobservância de um dever legal. Em outras palavras, *“comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se”*⁵⁶.

É imprescindível para a configuração da conduta o elemento da voluntariedade. Este elemento significa a consciência da ação, e não necessariamente do resultado. Importante destacar que a ação consciente do resultado é o conceito de dolo e não de voluntariedade. Assim, Luigi Cariota Ferrara explica que ato ilícito civil *“é todo ato jurídico (quer dizer voluntário) que, violando a norma jurídica, produz dano a outrem; dele nasce, a cargo do agente, a obrigação de ressarcimento do dano, se o ato foi praticado por pessoa capaz de entender e de querer e a quem pode ser atribuído dolo ou culpa”*⁵⁷.

A exteriorização da vontade, livre de erro e vício e dotada de consciência, é o que compõe a conduta humana. Para viver harmoniosamente em sociedade, o indivíduo deve ajustar sua conduta à convivência, com a devida cautela na prática de seus atos civis, para que estes não afetem o outro, causando lesão a um bem jurídico alheio.

O Artigo 186 do Código Civil, em seu texto, faz alusão à culpa em seu sentido amplo, que é a omissão de cautela que as circunstâncias exigiam do agente para que a sua

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 19 ed. VII São Paulo: Saraiva, 2005, p. 43.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ FERRARA, Luigi Cariota. Il negozio giuridico nel diritto privato italiano. *Apud AZEVEDO, Álvaro Villaça. Conceito de ato ilícito e o abuso de direito. In: Responsabilidade civil contemporânea*. Coordenado por Otávio Luiz Rodrigues Junior, Gladston Mamede e Maria Vital da Rocha. São Paulo: Atlas, 2011, p. 61.

conduta, num momento dado, não viesse a criar uma situação de risco e, finalmente, não gerasse dano a outrem. Conforme leciona Humberto Theodoro Júnior:

O termo CULPA indica, no Direito, o descumprimento a um dever de diligência. Não significa, portanto, em sentido estrito, um agir intencional para lesar alguém. Este caracteriza o dolo e o termo culpa, em sentido amplo, abrange tanto o dolo quanto a mera culpa, isto é, a ação negligente, podendo ser derivada também de uma omissão, que é a não ação: o autor do dano não age quando tinha o dever de agir diligentemente para evitar o resultado da omissão.⁵⁸

Cretella Júnior mostra ser difícil estabelecer um conceito de culpa devido ao frequente uso dado ao vocábulo, ora com conotação subjetiva de “reprimenda” ou “censura moral” destinada ao agente, ora com sentido objetivo de “infração” a certa estrutura social predeterminada.⁵⁹

De qualquer modo, Rui Stoco⁶⁰ ensina que a culpa *latu sensu* pode ser tanto a manifestação consciente de vontade dirigida a um fim perseguido, mesmo que ilícito, quanto o descumprimento de um dever geral de cautela, ainda que sem intenção de prejudicar.

Detalhando seu entendimento e apontando as esferas da culpa, Stoco ensina:

A culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nesta figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na iliceidade, e o subjetivo, do mau procedimento imputável. A conduta reprovável, por sua parte, compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa no sentido amplo; e a simples negligência (*negligentia*, *imprudencia*, *ignavia*) em relação ao direito alheio, que vem a ser a culpa no sentido estrito e rigorosamente técnico. Numa noção prática (...) a culpa representa, em relação ao domínio em que é considerada, situação contrária ao “estado de graça”, que, na linguagem teológica, se atribui à alma isenta de pecado. A culpa, uma vez que se configura, pode ser produtiva de resultado danoso, ou inócua. Quando tem consequência, isto é, quando passa do plano puramente moral para a execução material, esta se apresenta sob a forma de ato ilícito. Este, por sua vez, pode ou não produzir efeito material, o dano. À responsabilidade civil só esse resultado interessa, vale dizer, só com a repercussão do ato ilícito no patrimônio de outrem é que se concretiza a responsabilidade civil e entra a funcionar o seu mecanismo.⁶¹

Assim sendo, a conduta voluntária qualificada pela culpa em sentido amplo compreende tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito.

O dolo se configura, segundo Agostinho de Arruda Alvim, na vontade consciente de violar o direito⁶². A própria manifestação da vontade, aqui, é dirigida à produção do dano

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. Cit.* p. 24.

⁵⁹ *Apud* STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 153.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Apud* STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 154.

injusto, de forma como o resultado, além de previsto, conta com a atuação do agente para alcançá-lo, com pleno conhecimento do seu caráter lesivo e antijurídico.

Por outro lado, a culpa em sentido estrito é a “*conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém, previsto ou previsível*”⁶³. O agente pretende, então, apenas a realização da conduta perigosa, mas não quer o dano que ele eventualmente provoca.

Importante ressaltar, contudo, que se houve previsão do dano e, mesmo assim, o agente prosseguiu em sua conduta e assumiu o risco de produzir mal, há de se falar em dolo, não em culpa⁶⁴. Logo, a culpa em sentido estrito pressupõe a possibilidade de se prever o dano, e não a previsão propriamente dita.

Rui Stoco aponta, ademais, as formas de culpa *strictu sensu*:

A culpa pode empenhar ação ou omissão e revela-se através: da imprudência (comportamento açodado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo); da negligência (quando o agente se omite, deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo); e da imperícia (a atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano).⁶⁵

Por fim, mister dizer que a culpa se depreende não apenas da violação da ordem jurídica, mas também da imputabilidade do agente. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, “*em se tratando de ato vinculado à conduta culposa do agente, o ato ilícito depende do discernimento do agente para compreender o caráter ilícito de sua conduta*”⁶⁶. Ou seja, a responsabilização civil depende da capacidade, posto que é essencial a livre determinação da vontade do autor de praticar o ato lesivo.

Depreende-se do exposto que a o ato ilícito se perfaz da conduta humana, a qual se trata da exteriorização da vontade do agente, dotada de culpa, conforme aduzido do artigo 186 do Código Civil, imprescindível ao ato ilícito.

⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 24.

⁶⁴ Cf. *Ibidem*.

⁶⁵ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 154.

⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 22.

1.3.2 Dano

Dano é o prejuízo causado pelo agente, imprescindível para a configuração da obrigação de indenizar. Ao contrário da culpa, sem a qual existe, para a Teoria do Risco, a possibilidade de responsabilização civil objetiva, não existe responsabilidade sem dano.

Para Cavalieri Filho:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.⁶⁷

O autor afirma, ainda, que o dano é o grande vilão da responsabilidade civil. Sem ele, não haveria de se falar em indenização ou ressarcimento. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilização sem dano.⁶⁸

Segundo Enneccerus, dano é “*toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição)*”⁶⁹, que, sempre que decorrente da conduta comissiva omissiva de outrem, resulta no direito à reparação pecuniária.

O sistema de responsabilidade civil do sistema brasileiro, muito influenciado pelo Direito francês, herdou a célebre fórmula de Henri Lalou: “*pas de préjudice, pas de responsabilité civile*”⁷⁰.

O dano é, então, elemento indispensável ao dever de indenizar. No entanto, para que haja o dever de indenizar, não basta apenas que ocorra o dano. É necessário que eventual dano seja causado a terceiros, não sendo admissível a indenização por dano infligido a si próprio ou ao seu próprio patrimônio.

Mauro Sella, ao analisar a responsabilidade civil na nova orientação jurisprudencial da Itália, aponta que o dano, no início, tinha caráter puramente patrimonial. Era indispensável para a configuração do dano que o interesse lesado tivesse repercussão econômica negativa. O interesse por sua vez não precisava ser, necessariamente, patrimonial. Mas a lesão à ele causada

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.* p. 71.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ *Apud* STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 151.

⁷⁰ Em tradução livre: Sem prejuízo (dano) não há responsabilidade civil. Cf. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil* – da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 104.

deveria provocar prejuízo na fortuna do lesado, de modo a se enxergar diferença no patrimônio dele antes e depois do ato ilícito.⁷¹

O dano patrimonial é entendido como o conjunto de bens valorados por um sujeito de direito. Nas palavras de Maria Helena Diniz, ele é a “*lesão concreta, que afeta a um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e indenização do responsável*”⁷².

Ocorria que certos interesses lesados não podiam ser indenizados pois se tratavam de dano não patrimonial, o qual era passível de ressarcimento apenas nos casos de crime. Principalmente os interesses de cunho pessoal não podiam ser ressarcidos, a não ser em casos excepcionais de afetação do patrimônio do lesado ou, como mencionado, se o ato ilícito praticado constituísse crime.

A ineficácia da responsabilidade civil frente à casos de danos não patrimoniais clamou por uma mudança na concepção da mesma, que sofreu um processo de evolução ao longo do tempo até a Constituição de 88, que declarou expressamente a existência e possibilidade do chamado "dano moral", dispondo no inciso X de seu artigo 5º que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A responsabilidade civil por dano patrimonial, a princípio, tem a intenção de retomar o *status quo ante* do patrimônio do lesado. Por isso, diz-se que o dano patrimonial é reparável. O dano moral, contudo, por não ter equivalência em dinheiro, é compensável.

Ocorre o dano moral sempre que os bens afetados são de ordem subjetiva, como aqueles elencados no inciso X, artigo 5º da Constituição, ou qualquer atributo da personalidade, de valor interno.

Nas palavras de Rui Stoco:

O dano material, não sendo possível o retorno ao status quo ante, se indeniza pelo equivalente em dinheiro, enquanto o dano moral, por não ter equivalência patrimonial ou expressão matemática, se compensa com um valor convencionado, mais ou menos aleatório, mas que não pode levar à ruína aquele que paga, nem causar enriquecimento ilícito a quem recebe, ou conceder a este mais do que conseguiria amealhar com o seu próprio trabalho e esforço. Há de caracterizar-se como um mero afago, um agrado ou compensação ao ofendido, para que esqueça mais rapidamente dos aborrecimentos e dos males d'alma que suportou.⁷³

⁷¹ SELLA, Mauro. *La responsabilità civile nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*. Tomo I. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 250.

⁷² DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* p.66.

⁷³ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 152.

Adota-se, portanto, o regime da reparação para o dano patrimonial e o da compensação para o dano moral.

Todavia, no que tange à perda de uma chance, fala-se em uma categoria de dano específica, pois não se enquadra nos tipos de danos previamente elencados no sistema jurídico atual. O instituto é visto como uma categoria à parte de dano. Resta questionar, do que se trata a natureza jurídica do dano, questão esta que será abordada posteriormente no presente trabalho.

1.3.3 Nexo Causal

Em termos sucintos, o nexa causal é a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente. Para configuração do dever de indenizar é necessário que, além do dano e da conduta, que estes elementos tenham entre si um elo de dependência. O nexa é, portanto, “*o vínculo, a ligação ou a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado*”⁷⁴, na qual a causa de traduz na conduta humana e o efeito se faz no dano causado à vítima do ilícito.

Para Adriano de Cupis, nexa de causalidade é o vínculo estabelecido entre dois fenômenos diversos, pelo qual um assume a posição de efeito em relação ao outro: quando um fenômeno subsiste em razão da existência de um outro fenômeno, este se diz causado por aquele, indicando uma relação de causalidade entre ambos. Importa dizer, então, que causalidade é o nexa etiológico material (objetivo e externo) que liga um fenômeno a outro; no que concerne ao dano, constitui o fator de sua imputação material ao sujeito humano.⁷⁵

Todavia, vários podem ser os eventos que antecedem o dano, sendo possível que mais de uma condição concorra para a produção de um determinado resultado. Para que não resulte em um impasse, o Código Civil de 2002 adotou a concepção dos danos diretos e imediatos, isto é, o evento danoso deve ser consequência imediata e direta da conduta do agente para que tenha relevância jurídica e seja estabelecido o nexa de causalidade entre a ação (ou omissão) e o resultado alcançado.⁷⁶

Anderson Schreiber ensina:

De fato, reconhece-se, há muito, que o nexa de causalidade natural ou lógico diferencia-se do jurídico, no sentido de que nem tudo que, no mundo dos fatos ou da razão, é considerado como causa de um evento pode assim ser considerado juridicamente. A vinculação de causalidade à responsabilização exige uma limitação do conceito jurídico de causa, sob pena de uma responsabilidade civil amplíssima. É o que revela, de forma eloquente, a sempre lembrada passagem de Binding, que

⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. Cit.* p. 46.

⁷⁵ DE CUPIS, Adriano. *Il danno*. V. I. Milano: Giuffrè Editore, 1979, p. 215.

⁷⁶ SELLA, Mauro. *Op. cit.*, p. 57.

alertava para os perigos de se responsabilizar, como “partícipe do adultério, o próprio marceneiro que fabricou o leito no qual se deitou o casal amoroso”.⁷⁷

A teoria, porém, possui lacunas que os Tribunais têm tentado preencher, de modo que o entendimento doutrinário vem tentando se ajustar, diante das falhas desta concepção e, em consequência das críticas, produziu uma subteoria dos danos diretos e imediatos, que nesta nova concepção são entendidos substancialmente. Para a subteoria da necessariedade causal, é preciso existir uma relação de dependência obrigatória da existência entre a conduta anterior e o dano, e não mera proximidade entre o evento danoso e a conduta humana.⁷⁸

Suposto certo dano, necessário que ele se ligue diretamente à sua causa, seja próxima ou remota, pois tal causa seria a única explicação possível para o dano causado. Portanto, “*é causa necessária desse dano, porque ele a ele se filia necessariamente; é causa única, porque opera por si, dispensadas outras causas*”.⁷⁹

Ainda assim, permanecem brechas que nem a Doutrina ou os Tribunais conseguem suprir, mesmo com a criação e a adoção de uma nova teoria. Isto porque nem mesmo a subteoria da necessariedade causal se encontra livre de críticas. Nas palavras de Schreiber, “*se é relativamente fácil alcançar consenso com relação ao antecedente que se liga, direta e imediatamente, ao dano, muito menos tranquilo é obter acordo com relação àquilo que antecede necessariamente ou não um evento anterior, nas circunstâncias de cada caso concreto*”⁸⁰.

Por isto, os Tribunais adotam uma postura flexível, ora fazendo o uso de uma teoria, ora de outra. Tamanha flexibilidade resulta em uma maior proteção dos interesses privados, possibilitando melhor reparação dos danos às vítimas, porém traz a insegurança e o questionamento sobre o caráter da própria Responsabilidade Civil.

Não existe Responsabilidade Civil sem que seja estabelecido o nexo de causalidade, diferentemente do que se observa com o fator culpa, que não se faz presente na responsabilidade objetiva (constituindo o que se conhece por Teoria do Risco).

⁷⁷ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 55.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 62.

⁷⁹ ALVIM, Agostinho *Apud* TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 111.

⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 62.

1.4 O DANO MORAL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Com a constante transformação nas concepções de família e entidade familiar e a evolução da ciência jurídica nas últimas décadas, o Direito das Famílias tem cada vez mais aprofundado sua relação com a Responsabilidade Civil.

O sistema indenizatório/reparatório, que anteriormente versava apenas sobre os danos patrimoniais ou materiais, hoje se presta, também, à reparação por dano moral, protegendo o indivíduo em todas as suas esferas. Na seara familiar não foi diferente: se outrora a família era constituída tão somente com o intuito de perpetuação dos bens do homem, nos dias atuais já passa por princípios relacionados à afetividade, igualdade, dignidade e existencialidade plena.

No que se refere às relações conjugais, por exemplo, o Direito das Famílias sempre foi analisado sob o aspecto da culpa na ruptura do matrimônio. Atribuía-se ao cônjuge faltoso punições como a perda da guarda dos filhos ou o dever de prestar alimentos ao cônjuge inocente. Tais sanções nunca foram suficientes para inibirem novas faltas que importassem violação do dever matrimonial e, ainda pior, em nada contribuíam para uma melhora significativa nas relações familiares. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a discussão voltou-se para caminhos mais democráticos.

Neste sentido, ensina Anderson Schreiber:

Os remédios específicos e tradicionais do Direito da Família têm se mostrado insuficientes para tutelar os interesses – especialmente, os existenciais – lesados no âmbito das relações familiares. Basta recordar o exemplo marcante do chamado abandono afetivo, em que o remédio típico, previsto na disciplina reservada pelo Código Civil ao Direito de Família, seria a “perda do poder familiar”, medida que funcionaria como verdadeiro prêmio ao pai negligente. Daí ter se verificado, no Brasil, uma progressiva “fuga” dos remédios tradicionais do Direito de Família, por meio da busca de soluções mais eficientes para a tutela dos interesses lesados. A Responsabilidade Civil, como remédio geral e irrestrito, tornou-se naturalmente a esperança para onde convergiram todos esses anseios.⁸¹

Essa evolução traz à discussão jurídica problemáticas que sempre foram presentes no seio familiar, as eram ignorados pelo Direito e pela sociedade. A relevância da proteção aos direitos individuais na contemporaneidade permite discutir temas como violência doméstica, alienação parental, abandono afetivo, entre outros que, confrontantes com a realidade

⁸¹ SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil e direito de família: a proposta da reparação não pecuniária. In: *Responsabilidade civil no direito de família*. Coordenado por Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33.

constitucional, clamam pela proteção do Estado e dão margem à responsabilização civil no âmbito da família.

O Direito das Famílias não possui regra específica para a reparação dos danos causados na esfera familiar, de forma que a Doutrina e a Jurisprudência vêm disciplinando o assunto por meio da aplicação da regra geral inserida no artigo 186 do Código Civil sob um enfoque constitucional. Se todo dano é reparável e havendo possibilidade de indenização por dano moral decorrente de violação de direitos da personalidade, não se pode contestar que a responsabilidade civil pode e deve ser aplicada nos imbróglis familiares.

Nas palavras de Valéria Silva Galdino Cardin:

A constitucionalização do direito de família valorizou o vínculo de afetividade e solidariedade entre os familiares, podendo estes exigirem responsabilidade por danos morais por atos cometidos em detrimento dos outros. Saliente-se: a lesão produzida por um membro familiar a outro é gravame maior do que o provocado por um terceiro, ante a situação privilegiada que aquele desfruta em relação a este, o que justifica a responsabilidade civil. Em sendo negada a reparação causada por um familiar ao outro, estimular-se-ia a sua reiteração, que, certamente, aceleraria o processo de desintegração familiar. Assim, o dano causado no seio familiar funciona para fortalecer os valores atinentes à dignidade e ao respeito humano, além de ter caráter pedagógico. A indenização não elimina sequelas, mas por meio dela os danos podem ser minorados por tratamentos psicológicos e por uma vida melhor. A responsabilidade por dano moral no âmbito familiar deve ser analisada de forma casuística, com provas irrefutáveis para que não ocorra a sua banalização, uma vez que ocorrem conflitos passageiros, como a raiva, a mágoa, a vingança, a inveja, etc.⁸²

Reconhecer a primazia da personalidade e da autonomia da pessoa no grupo familiar levaram a reconhecer, também, que não existe hipótese qualquer que permita a um membro da família causar lesão dolosa ou culposa a outro e se eximir da responsabilidade em virtude apenas do vínculo afetivo. Isto porque não se responde pelo vínculo familiar, mas pelo dano causado.⁸³

Arnaldo Marmitt aponta que a responsabilidade civil no Direito das Famílias é subjetiva. São peças imprescindíveis ao ressarcimento, portanto, a existência de um dano a ser reparado, a comprovação da culpa de um autor capaz de entender a ilicitude de seu ato e, obviamente, a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta e a lesão.⁸⁴

⁸² CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano Moral no direito de família*. In: Revista Online Carta Forense. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/dano-moral-no-direito-de-familia/9087>>. Acesso em 12 de junho de 2018.

⁸³ MEDINA, Graciela. *Apud* MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 344.

⁸⁴ *Apud* Ibidem, p. 354.

Grande parte da doutrina, assim, se mostra permissiva quanto à existência de condutas ilícitas no seio familiar que ensejem a reparação civil. A evolução dos institutos e o tratamento democrático-constitucional dado à família conduzem a um posicionamento tendente a aceitar o *affair* entre Responsabilidade Civil e Direito das Famílias.

Não obstante, existem posicionamentos antagônicos.

Alma María Rodríguez Guitián fala em um costume social, advindo de uma regra moral, que impede a lide por atos ilícitos cometidos dentro da família, apontando “*um temor de que, pela banalização das relações erótico-afetivas, se termine paralisando os seres humanos, que nada mais farão com receio de incidirem em dano moral a alguém*”.⁸⁵

Ao tratar da separação e do divórcio, Maria Celina Bodin Moraes diz que, partindo da tese de que o dano moral não pode – ou pelo menos não deveria – ter caráter punitivo, não há benefício em se criar uma geral de responsabilização nas relações familiares; pelo contrário, isto apenas agravaria o quadro de mercantilização das relações existenciais.⁸⁶

Segundo Sérgio Gischkow Pereira, o dano moral nas relações afetivas faria prosperar um exagero, levando a uma inaceitável e perniciosa monetarização dos relacionamentos, principalmente quando se parte da ocorrência de infração de deveres relacionados ao matrimônio ou à união estável. Teme-se a “*paralização da atividade humana, quando nada mais será feito com receio das pessoas de incidirem em dano moral, pois qualquer incômodo da vida pode ser fato gerador da reparação material*”.⁸⁷

A controvérsia é ainda mais acentuada na hipótese de responsabilização civil por perda de uma chance no âmbito familiar, tema ainda em construção na doutrina e na jurisprudência brasileiras. A sua relevância jurídica na atualidade nos leva, então, a um estudo mais aprofundado do tema e seus principais aspectos, pelo que se passa, a seguir, à análise da teoria da perda de uma chance.

⁸⁵ *Apud* Ibidem, p. 344.

⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos morais e relações de família*. In: *Afeto, ética e família e o novo código civil*. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 413.

⁸⁷ *Apud* MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 362.

2 CONSOLIDAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Do estudo realizado no primeiro capítulo sobre o instituto da responsabilidade civil, verificou-se como pressupostos indispensáveis para a ocorrência da obrigação de indenizar a conduta, o dano e o liame de causalidade entre estes.

Partindo de uma interpretação restritiva, as hipóteses nas quais alguém teve tolhida uma chance séria e real de obter uma vantagem – isto é, com a interrupção do processo que possibilitaria à pessoa a obtenção de algo benéfico no futuro – não se enquadrariam nestes requisitos essenciais, porquanto não se poderia afirmar com certeza que a conduta do agente foi a causadora do dano ou, ainda, que sem a conduta a vantagem seria obtida sem prejuízos.

Não obstante, o instituto da responsabilidade tem se tornado cada vez menos patrimonial e, na contemporaneidade, já busca fundamentos na solidariedade. A vítima deixa de suportar o prejuízo sozinha e o causador do dano é, também, responsabilizado pelos seus atos.

Ainda que seja difícil comprovar a existência do nexo causal entre a conduta e o dano, o prejuízo final, caracterizado pela chance perdida, não deixa de ser um dano injusto. É nesta concepção que surge a possibilidade de indenizar danos outrora desconsiderados, como o da perda de uma chance.

A fim de levar a uma melhor compreensão da teoria da perda de uma chance e diferenciá-la dos casos clássicos de responsabilidade civil, faz-se pertinente, neste capítulo, analisar as suas características particulares.

Num primeiro momento aponta-se o seu surgimento no Direito, notadamente nos ordenamentos jurídicos francês e italiano. Após, passa-se a uma tentativa de conceituação, indicando seus elementos e natureza jurídica. Por fim, serão analisados seus pressupostos de ressarcibilidade, bem como o modo de quantificação do dano pela perda de uma chance.

2.1 A TEORIA NOS DIREITOS FRANCÊS, INGLÊS E ITALIANO

Até a década de 1930, a **jurisprudência francesa** repudiava o reconhecimento do valor jurídico da chance perdida, porquanto as regras aplicadas à reparação do dano e consequente indenização exigiam a prova da certeza do prejuízo. Ainda assim, a França foi precursora na adoção da teoria da perda de uma chance como instituto pertinente à Responsabilidade Civil.

Ao relacionarem decisões em que seria possível quantificar o dano das chances perdidas, os irmãos Mazeaud mencionaram um julgado da Corte de Apelação de Limoges, de 1896, que tratava do pedido de indenização formulado por um proprietário de cavalos contra uma companhia de transportes, pelo fato de o animal não ter chegado a tempo de participar da corrida. A decisão de segunda instância seguiu a linha decidida em primeira e recusou o apelo, por não haver certeza de que o cavalo venceria.⁸⁸

E assim permaneceu o entendimento francês por várias décadas. Henri Lalou listou uma série de julgados desde o final do século XIX até os anos 1930 nos quais as oportunidades perdidas não foram monetariamente ressarcidas sob o argumento da incerteza do dano e da real possibilidade de êxito na dita chance. A título de exemplo, o Tribunal de Meaux, em 1920, julgou improcedente pedido formulado pelo pai de uma criança, morta em acidente, de reparação pela ajuda alimentar que poderia vir a receber do filho no futuro, quando este atingisse idade própria para trabalhar.⁸⁹

Rafael Pettefi da Silva, estudioso da perda de uma chance no Brasil, mostra, contudo, que o protótipo de indenização por perda de uma chance apareceu na França um pouco antes, em 17 de julho de 1889. Na ocasião, a *Chambre de Requêtes* concedeu indenização a um indivíduo que teve frustradas as chances de obter êxito em uma demanda judicial por negligência do *huissier*, oficial ministerial do juízo. Segundo o autor, este é o exemplo mais antigo de dano pela perda de uma chance encontrado na jurisprudência francesa.⁹⁰

Porém, há certa imprecisão histórica aqui. Daniel Amaral Carnaúba assevera que o relato é impreciso por vários motivos. Primeiro, a *Chambre de Requêtes* não tinha competência para a concessão de indenização. Além disso, por ser apenas uma das três seções da Corte de Cassação Francesa, a Câmara de Requerimentos não analisava a matéria do recurso, a não ser que fosse para negar provimento ao apelo – era responsável apenas por analisar o recurso e dizer se ele tinha ou não fundamento para prosseguir para a Câmara Civil, esta sim com autoridade para dar-lhe provimento.⁹¹

O autor explica o motivo da confusão:

Os trechos dedicados ao tema são ricos em referências jurisprudenciais, entre as quais se encontram facilmente decisões ou acórdãos proferidos no início do século XX, ou mesmo antes disto. Porém, esta impressão não resiste ao estudo mais atento destes trechos. Na maioria dos casos, os autores fazem menção a litígios nos quais seria

⁸⁸ *Apud* HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil* – a perda de uma chance no direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 15.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Apud* *Ibidem*, p. 17.

⁹¹ *Apud* *Ibidem*, pp. 17-18.

possível reparar as chances perdidas, o que não significa que os juízes tenham efetivamente feito uso da técnica nas decisões citadas. Parece-nos que o objetivo dos juristas não era propriamente o de oferecer precedentes jurisprudenciais aos seus leitores, mas sim demarcar a abrangência do conceito e seu potencial de aplicação.⁹²

A Corte de Cassação Francesa prolatou seu primeiro acórdão concedendo reparação pela perda de uma chance em 1932, provavelmente por influência dos irmãos Mazeaud, que, ao tratarem do tema em obra do mesmo ano, fizeram com que a jurisprudência passasse a olhar a responsabilidade civil com novos olhos. No caso analisado, a Corte confirmou a decisão do Tribunal de Aix de indenizar um casal em consequência das falhas de um notário que, por sua conduta dolosa, fez com que eles perdessem a chance de adquirir o imóvel que pretendiam e, ademais, tivessem que arcar com o pagamento de diversos atos notariais inúteis.⁹³

Dois anos depois, a Corte de Cassação se pronunciou no mesmo sentido, favorável à reparação das chances perdidas, ao negar provimento a um recurso contra a decisão do Tribunal de Angers que condenou um advogado que havia deixado prescrever a pretensão do cliente. O argumento principal foi que existia certeza da culpa do réu, pois, se não tivesse negligenciado o processo, a vítima poderia ter logrado êxito na vantagem pretendida.⁹⁴

Apesar de ter sido o primeiro da Corte, o julgado de 1932 é pouco conhecido e citado, tanto que parte da doutrina indica que a teoria teve mais aceitação francesa a partir da década de 1960. De fato, dois acórdãos publicados em um periódico jurídico francês em 1966 versavam sobre a perda de uma chance e foram essenciais para uma maior aplicação do conceito. O primeiro, de 14 de dezembro de 1965, concedeu indenização a um garoto de 8 anos de idade que, após um acidente, foi erroneamente diagnosticado pelo médico e, por isso, teve sequelas e uma invalidez imparcial devido ao tratamento incorreto. A corte avaliou que foram subtraídas da vítima as chances de cura como consequência direta da falha do médico, apontando a necessidade de reparação. O segundo, de 10 de março de 1966, decidiu que havia presunções suficientemente graves de que a morte de uma paciente durante o parto se deu em razão dos erros do médico responsável, concedendo indenização ao seu marido. Estes dois julgados tiveram mais repercussão e modificaram a regra do “tudo ou nada” apregoado pela responsabilidade civil francesa, ampliando seu eixo.⁹⁵

No **Reino Unido**, a *loss of a chance doctrine* teve origem com o caso *Chaplin v. Hicks*. Em um concurso para aspirantes a atrizes realizado com a ajuda de um jornal, o comitê

⁹² CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Apud* Ibidem, p. 19.

⁹³ Ibidem, p. 22.

⁹⁴ Ibidem, p. 23.

⁹⁵ Ibidem, pp. 28-29.

selecionou fotos de 300 finalistas entre as inscritas para serem publicadas e, mediante voto, seriam escolhidas cinco finalistas de cada um dos dez distritos nos quais fora dividido o Reino Unido para viabilização do concurso. Finalizada a etapa de votação, o sr. Hicks marcaria um encontro com as 50 finalistas e, destas, selecionaria as 12 vencedoras.⁹⁶

A sra. Chaplin apareceu em primeiro lugar no seu distrito e, por isso, deveria receber uma carta para que comparecesse à fase final da seleção no dia 06 de janeiro de 1909. Contudo, a carta foi extraviada e entregue tarde demais, impossibilitando seu comparecimento a tempo e, como resultado, foi-lhe negada a oportunidade de vencer o concurso.⁹⁷

O júri decidiu que Hicks falhou em proporcionar meios razoáveis para que Chaplin se apresentasse à seleção, avaliando os danos em 100 libras. Em apelação, Hicks argumentou que, mesmo que houvesse ocorrido uma quebra no contrato, qualquer dano sofrido pela autora era muito remoto e monetariamente incalculável, pois impossível saber se ela teria chances de ganhar a competição. A Corte de Apelação, em decisão unânime, negou provimento ao recurso e manteve a indenização.⁹⁸

Na **doutrina italiana**, a responsabilidade civil por perda de uma chance foi objeto de estudo do professor Giovanni Pacchioni, em sua obra *Diritto Civile Italiano*, de 1940. Analisando os exemplos clássicos da jurisprudência francesa, Pacchioni questionava o que ocorreria caso alguém, mediante conduta culposa, deixasse outra pessoa incapaz de obter um lucro possível. Segundo o autor, as vítimas teriam razão para se queixar, mas apontava a controvérsia no interesse jurídico para se ajuizar uma ação de ressarcimento, por não se falar em um dano certo.⁹⁹

Para o autor, tais condutas faziam com que as vítimas perdessem uma oportunidade aleatória e sem valor efetivo e, por mais desagradáveis que fossem, seriam incapazes de causar um dano patrimonial. Ao contrário da doutrina francesa, à época a responsabilidade civil italiana ainda estava limitada aos danos patrimoniais, sem qualquer tipo de dano moral, de forma que Pacchioni não poderia concordar com a adoção da teoria em seu país.¹⁰⁰

Mais tarde, em 1965, ao comentar um julgado italiano, Francesco Donato Busnelli manteve o posicionamento de Pacchioni e considerou a perda de uma chance um mero interesse de fato, mas juridicamente irrelevante para o Direito Italiano da época e, consequentemente,

⁹⁶ Ibidem, p. 31.

⁹⁷ Ibidem, p. 32.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 7.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 8.

não indenizável. Segundo ele, a pretensão indenizatória se refere a um dano de que não deriva de lesão a direito subjetivo ou interesse juridicamente tutelado.¹⁰¹

Adriano De Cupis foi o primeiro italiano a defender, em 1966, a possibilidade de indenização pela perda de uma chance, na obra *Il Danno: Teoria Generale Della Responsabilità Civile*. Segundo Sérgio Savi, ele “conseguiu visualizar um dano independente do resultado final, enquadrando a chance perdida no conceito e dano emergente e não lucro cessante, como vinha sendo feito pelos autores que o antecederam” e, assim, foi responsável pelo início da correta compreensão da teoria da Itália.¹⁰²

Nas palavras de De Cupis:

A vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor pretendeu garantir, já existe, talvez em reduzidas proporções, no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo que se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada.¹⁰³

De Cupis aponta, ainda, que a chance de vitória sempre terá um valor menor que a vitória em si, refletindo na quantificação da indenização. Ademais, nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis.¹⁰⁴

Savi defende, não obstante, que a adequada compreensão da teoria só se deu em 1976, com a publicação do artigo “*Perdita di una chance e certezza del danno*”, de Maurizio Bocchiola, professor da Universidade de Milão. Bocchiola via a chance como probabilidade de obter um lucro ou evitar uma perda e, juridicamente, aparecia como a não ocorrência de uma eventualidade favorável. Assim, a prova da certeza não poderia ser mais do que uma prova de verossimilhança, autorizando a indenização.¹⁰⁵

Com as contribuições de De Cupis e Bocchiola e influenciada pelos franceses, a **jurisprudência italiana** passou a analisar casos de responsabilidade civil por perda de uma chance com mais atenção. Mas somente em 19 de novembro de 1983 foi julgado pela *Corte di Cassazione* o primeiro caso favorável à aplicação da teoria.¹⁰⁶

O imbróglio envolveu a empresa Stefer, que convocou trabalhadores a participarem de um processo seletivo para contratação de motoristas. Após realizarem vários exames

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Ibidem, p. 10.

¹⁰³ DE CUPIS, Adriano. *Apud* Ibidem, p. 11.

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ Ibidem, pp. 13-15.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 25.

médicos, alguns candidatos foram impedidos pela empresa de seguirem nas demais etapas da seleção, necessárias ao processo de admissão.¹⁰⁷

O juízo de primeiro grau reconheceu o direito dos trabalhadores a serem admitidos, desde que aprovados nas provas que não fizeram, condenando a empresa a indenizá-los pelo atraso no processo de admissão. O Tribunal de Roma, por outro lado, reformou a sentença, sob a afirmação de que o dano decorrente da perda de uma chance não era indenizável, por se tratar de um dano meramente potencial.¹⁰⁸

A *Corte di Cassazione* cassou a decisão, entendendo que a indenização concedida aos trabalhadores não se referia à perda do emprego, mas à perda da possibilidade de conseguir o emprego participando das provas necessárias para sua obtenção, possibilidade de resultado útil que já existia no patrimônio dos candidatos no momento do comportamento ilícito da Stefer. Seguindo a orientação doutrinária, a corte enquadrou essa espécie de dano como dano emergente e não como lucro cessante.¹⁰⁹

Após a fixação do entendimento pela possibilidade de indenização pela perda de uma chance com este acórdão, outros julgados relevantes apareceram na Corte. Hoje, o ordenamento jurídico italiano enxerga a chance como um dos critérios de imputabilidade da responsabilidade civil, pois este tipo de dano não é mais visto apenas como lesão a simples expectativa, mas a expectativa legítima, suscetível de indenização.¹¹⁰

2.2 CONCEITO E ELEMENTOS DA PERDA DA CHANCE

Os paradigmas da responsabilidade civil estão em constate mudança, notadamente devido ao desenvolvimento das atividades econômico-industriais, ilimitadas formas de interação social e o melhor entendimento das sociedades, transferindo o foco da culpa do agente causador do dano para o ressarcimento da vítima. Assim, a nova ideia de responsabilidade civil ampliou de forma significativa o conceito de dano reparável, de forma que fatos como quebra de confiança ou expectativa, quebra de privacidade, estresse emocional, risco econômico, perda de escolha e perda de uma chance já são consideradas lesões indenizáveis.¹¹¹

¹⁰⁷ Ibidem, p. 25.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 26.

¹⁰⁹ Ibidem, pp. 26-27.

¹¹⁰ Ibidem, p. 33.

¹¹¹ SILVA, Rafael Pateffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 6.

A responsabilidade civil, então, caminha no sentido de reparar não apenas danos materiais ou morais diretos, mas também os danos intangíveis e expectativas. A ciência jurídica passa a considerar a relevância das incertezas como integrantes da vida cotidiana, alocando-as em sua esfera em observância ao princípio da reparação integral.

A recepção dessa teoria é reflexo da evolução do Direito enquanto ciência social aplicada, pois nos deparamos com situações imprevisíveis a todo momento e é incabível esperar uma vida apenas de certezas, sendo dever do ordenamento jurídico oferecer respostas aos problemas causados pela instabilidade. A chance aparece neste contexto de incerteza e, ao traçar-se uma análise científica, deve-se esclarecer, também, seu conceito jurídico, pelo menos para apontar um direcionamento no estudo do tema.

Carlos Alberto Gherzi atrela a certeza do dano à existência material e não conjectural de um impacto no patrimônio da pessoa. O dano mostra uma crise no sistema de governabilidade e, ainda que nem todos os danos sejam reparáveis ou tenham uma causa única, são resultado de variadas manifestações essenciais ao viver social.¹¹²

No mesmo sentido, Bustamante Alsina aponta que a chance é um dano atual, não hipotético, tornando-se ressarcível quando implica uma probabilidade suficiente de lucro que se mostra frustrado e pode ser valorado em si mesmo, pois desnecessário resultado final para configurá-lo – o valor econômico está na própria possibilidade.¹¹³

Citando Bocchiola, Sérgio Savi aduz que chance, em sentido jurídico, é a probabilidade de se obter lucro ou evitar uma perda, portanto a perda de uma chance pode assumir um valor econômico.¹¹⁴ Bocchiola completa:

É inútil esperar para saber se haverá ou não um prejuízo, porque o seu concretizar-se não depende absolutamente de qualquer acontecimento futuro e incerto. A situação é definitiva e não poderá ser modificada. Um determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos, que poderia dar origem a uma fonte de lucro, de tal modo que não é mais possível descobrir se a chance teria ou não se realizado.¹¹⁵

A indenização, portanto, não equivale à vantagem esperada, mas será quantificada pela probabilidade de se atingi-la. A responsabilidade surge da conduta geradora da perda da chance, da oportunidade, isto é, da expectativa de ganho que foi encerrada pelo comportamento ilícito.¹¹⁶

¹¹² GHERSI, Carlos Alberto. *Apud* AMARAL, Ana Cláudia C. Z. M. do. *Responsabilidade civil pela perda da chance* – natureza jurídica e quantificação do dano. Curitiba: Juruá, 2015. p. 63.

¹¹³ *Apud* Ibidem, pp. 63-64.

¹¹⁴ SAVI, Sérgio. *Op. cit.* p. 13.

¹¹⁵ *Apud* Ibidem.

¹¹⁶ FRADERA, Vera Maria Jacob. *Apud* Ibidem, p. 65.

Ana Cláudia Mattos do Amaral aponta que o significado jurídico da chance perdida “*traduz-se na subtração de uma possibilidade, probabilidade ou esperança, e ainda de expectativas do indivíduo de auferir um lucro ou vantagem, como também de evitar a ocorrência de um evento danoso*”.¹¹⁷

Como anotado no capítulo anterior, para a responsabilização civil e configuração do dever de indenizar é necessário a conjugação de conduta ativa ou voluntariamente omissiva do agente, culpa *latu sensu*, dano e nexo de causalidade.

François Chabas ensina que, para a *perte d'une chance*, são imprescindíveis a conduta do agente, um resultado perdido (que seria, aqui, o dano) e o nexo causal entre a conduta e a chance perdida. Dano e nexo de causalidade apresentam uma nuance própria em razão da união da certeza e incerteza em um mesmo fato, pois, sem a conduta do autor, a vítima manteria a possibilidade de obter vantagem com determinada situação ou, ao menos, não sofrer qualquer prejuízo.¹¹⁸

O autor do dano é responsabilizado pelo fato de ter privado a vítima da obtenção de certa oportunidade de buscar um resultado útil, e não por um prejuízo direto e imediato. Desta forma, indeniza-se a perda da chance de se obter a vantagem ou evitar o prejuízo. O resultado está sujeito à eventualidade e ao acaso, então não há de se falar em prova cabal do dano, bastando considerar-se o critério de aproximação, probabilidade e normalidade, pois a prova é restrita ao quesito da verossimilhança.¹¹⁹

Massimo Bianca entende que a perda de uma chance favorável não é passível de indenização por si só, porquanto a doutrina e a jurisprudência só reconhecem a sua indenizabilidade levando em conta as consequências econômicas negativas resultantes da lesão a um direito subjetivo. Requer, portanto, uma valoração da probabilidade de prejuízo como consequência de um ilícito contratual ou extracontratual.¹²⁰

Mattos do Amaral esclarece que

(...) doutrina e jurisprudência, em muitos países, divergem quanto à aplicação da teoria da perda da chance. Uma corrente de pensamento defende que a perda da chance somente pode ser aplicada quando o dano final ou, como nominado por alguns, dano futuro ainda não ocorreu, o que torna o resultado aleatório. Nessa hipótese, na análise da perda da chance, o juiz pode reconhecer e avaliar os danos, embora ainda não acontecidos, e até mesmo considerá-los aleatórios. Portanto, resistem à aplicação da teoria quando as probabilidade já foram perdidas, ou seja, quando o dano final já ocorreu, não sendo, então, por definição, aleatório. Isso ocorreria na seara médica,

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ *Apud* Ibidem, pp.65-66.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ *Apud* Ibidem.

quando se alega a perda da chance de cura ou sobrevivência ou, por suposição, a morte já tenha ocorrido. Nestes casos, rejeitam a teoria da perda da chance, posto que o requerente deve comprovar a existência de um nexo de causalidade entre a culpa do agente e a morte ou doença., não sendo possível suprimir as dúvidas sobre o nexo causal, sob a alegação de que, por culpa do réu, ocorreu a perda da chance de cura ou sobrevivência. Gérard Mémeteau, de forma contundente, discorda da aplicação de perda de chance na seara médica, afirmando: “*La perte de chance [...] n’est, et ne peut être, qu’un détournement du raisonnement commis dans le seul but, qu’il aurait fallu au moins avouer clairement, d’indemniser les victimes les plus avides ou me mieux conseillées des accident médicaux. Reconstruction de l’avenir à partir du passé, prééminence d’une hypothèse triée parmi les autres, pari sur les probabilités, cette théorie n’est qu’un artifice*”.¹²¹

Mister dizer, então, que haverá o dever de indenizar se a chance for real e concreta e não mera esperança ou algo imaginário, hipotético. Não obstante, é necessário também o caráter de definitividade, de modo que o ato danoso do ofensor retire de vez as possibilidades que a vítima possuía, interrompendo o processo antes de chegar ao seu fim.¹²²

Flávio da Costa Higa, citando Daniel Amaral Carnaúba, mostra que a situação é um tanto paradoxal, pois a responsabilidade civil necessita de um dano certo e reparável, mas a chance exprime, etimologicamente, a imprevisibilidade ou incerteza de um evento. Desta forma:

(...) o juiz se encontra assim diante de um paradoxo: ele está legalmente compelido a determinar quais são as consequências concretas da conduta do réu, embora seja precisamente esta conduta que o impeça de traçar qualquer prognóstico. A verdade é que a privação de chances expõe as insuficiências da norma jurídica. Forjada para regular os setores em que a realidade é dominada pela ação humana, a regra jurídica se mostra incapaz de regular o que está além descontrolé. Ao criar uma incerteza, a conduta do réu subverte os fundamentos da norma e escapa ao seu campo de aplicação.¹²³

O binômio certeza e incerteza, aparentemente antinômico, integra a essência do instituto da perda de uma chance. A suposta contradição jurídica foi superada no momento em que se ampliou o enfoque exclusivo no futuro incerto, qual seja, a vantagem que deixou de ser obtida, para abranger o passado certo, em que havia um interesse jurídico válido, passível de tutela, consubstanciado na chance, cuja perda acarreta dano.¹²⁴

Neste sentido, a perda de chances abarca dois elementos aparentemente contraditórios: a certeza de que, se não houvesse produzido o feito danoso, o prejudicado teria

¹²¹ Ibidem, p. 69. Tradução livre: “A perda da chance é, e só pode ser, um desvio de raciocínio com o único propósito, que pelo menos deveria ter sido claramente confessado, para compensar as vítimas mais ávidas, ou para aconselhar melhor sobre acidentes médicos. A reconstrução do futuro com o passado, a preeminência de uma hipótese ordenada entre as outras, aposta nas probabilidades, esta teoria é apenas um artifício.”

¹²² Ibidem, p. 69.

¹²³ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Apud* HIGA, Flávio da Costa. *Op. cit.* p. 62.

¹²⁴ Ibidem, p. 63.

mantido a esperança de obter uma vantagem ou evitar perda material futura, bem como a incerteza definitiva do que teria acontecido se o evento danoso não tivesse sido produzido.¹²⁵

A característica principal da perda de uma chance é, portanto, a certeza da probabilidade. A existência da própria chance é certa, portanto o dano é tutelado juridicamente e passível de valoração econômica, mas é incerto se ela iria ou não se concretizar. Por isso a responsabilização corresponde à chance, e não ao possível resultado.¹²⁶

A teoria não se encontra alheia às críticas, havendo ainda certa resistência na aceitação da perda de uma chance como ensejadora de responsabilidade civil. Faz-se ressalvas a respeito de sua significação, ao dispor sobre uma nova espécie de dano, argumentando-se que estas situações jurídicas subjetivas não são compreendidas como direito subjetivo absoluto ou direito relativo, mas expectativas.¹²⁷

Ocorre que a expectativa de fato não se confunde com a expectativa de direito, também chamada de legítima expectativa, e somente esta seria merecedora de proteção e passível de indenização, por produzir efeitos que atribuem direitos.¹²⁸

Contesta-se tal crítica com a ideia de que a chance, quando vista como concreta e efetiva possibilidade para alcançar determinado status, deixa de ser considerada mera expectativa de fato e passa a integrar o patrimônio da pessoa, jurídica e financeiramente independente, podendo ser avaliada de forma autônoma.¹²⁹

É importante, ainda, fazer uma separação clara entre situações que envolvam a perda de uma chance e as que resultam na criação de um risco. Isto porque há quem defenda que o dano pela perda de uma chance é resultado de um risco natural inerente a qualquer atividade, então a conduta do lesante não é sua causa direta, mas somente aumentou os riscos, não devendo falar-se em indenização.¹³⁰

Porém, a perda de uma chance se diferencia da criação de um risco exatamente pela perda definitiva da vantagem que a vítima esperava, configurando um dano final. A vítima se encontra em um processo aleatório que, ao final, pode gerar uma vantagem, mas a ação do autor a impede de participar da possibilidade de obter tal resultado e, chegando o processo ao fim, fica claro o prejuízo da vítima.¹³¹

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ Ibidem, p. 64.

¹²⁷ AMARAL, A. C. C. Z. M. *Op. cit.* p. 71.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ Ibidem.

Quando se fala em criação ou aumento de riscos, o lesado também se encontra em um processo aleatório, mas não sofre prejuízo final e também não perde a vantagem esperada de forma definitiva, mas tem o risco de ocorrência de uma situação negativa aumentado pela conduta lesante. Não se tem certeza da possibilidade de consumir-se uma perda do proveito esperado.¹³²

Apontado o conceito, traçados os elementos e superadas as críticas, é preciso definir a natureza jurídica da perda de uma chance, ao que se passa a seguir.

2.3 NATUREZA JURÍDICA DO DANO PELA PERDA DA CHANCE

É complexo o debate doutrinário que visa a delimitar a natureza jurídica do dano pela perda de uma chance, devido à resistência na sua aceitação como um empecilho à possibilidade de vantagem ou prevenção de dano.

Apontar a natureza jurídica de um instituto é estabelecer onde ele se encaixa dentro das categorias dogmáticas admitidas no sistema jurídico. Questiona-se se as chances perdidas se enquadram nas categorias predefinidas como danos patrimoniais (dano emergente, lucro cessante ou uma terceira espécie) ou como danos extrapatrimoniais (dano moral ou, também, uma nova espécie).¹³³

Dano patrimonial é, segundo Maria Helena Diniz, uma “*lesão concreta, que afeta a um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e indenização pelo responsável*”¹³⁴. Ela leva em consideração a natureza do interesse lesado, já que a responsabilidade pela perda de uma chance se baseia na violação de um interesse juridicamente protegido.

O lucro cessante se relaciona à violação de um direito ainda não totalmente concretizado, de bem que ainda não faz parte do patrimônio do sujeito, sendo que este acaba prejudicado em adquirir um novo direito em razão da lesão sofrida. É, portanto, a perda de uma vantagem futura revestida de certeza.¹³⁵

¹³² Ibidem.

¹³³ Ibidem, pp. 75-76.

¹³⁴ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 66.

¹³⁵ Ibidem.

O dano emergente está ligado àquilo que já integra o patrimônio do sujeito, ou seja, ao prejuízo sofrido de forma direta que, em decorrência do evento lesivo, diminuiu seu patrimônio, seja a perda um bem ou um valor.¹³⁶

Dano extrapatrimonial é, por sua vez, aquele que afeta o âmago do ser humano, sua subjetividade, sua personalidade, mostrando-se impassível de aferição pecuniária direta. A indenização seria, portanto, uma forma de compensar o abalo sofrido pela vítima.

Junqueira Azevedo vai além da divisão clássica entre dano patrimonial e extrapatrimonial e faz referência a uma nova categoria de dano. Ele defende a existência de dano social, que ocorre quando um ato doloso ou gravemente culposos não sela somente o patrimônio material ou moral da vítima, mas atinge toda a sociedade, rebaixando imediatamente o nível da população e reduzindo a qualidade de vida coletiva por meio de uma quebra de confiança ou diminuição da tranquilidade social.¹³⁷

Diferentes abordagens acerca da natureza jurídica do instituto implicarão em diversas maneiras de aplicá-lo e, conseqüentemente, de mensurar o valor monetário do dano. Daí a necessidade de se avaliar em qual modalidade de dano a perda de uma chance pode ser encaixada.

Existem posicionamentos sustentando que a chance, do ponto de vista econômico, representa uma situação potencialmente capaz de produzir, com certo grau de probabilidade, um benefício – não possui, assim, um valor de mercado, nem é suscetível de apreciação econômica. A potencialidade da chance só poderia ser medida se o resultado final acontecesse.¹³⁸

Por outro lado, conhecido o conceito histórico de bem e sua relatividade, percebe-se uma variação na noção de utilidade, porquanto as necessidades do homem se transformam ao longo do tempo. Mattos do Amaral aduz que tais transformações atribuíram valoração econômica à chance perdida pois, na conjuntura contemporânea, as circunstâncias relacionadas a vários casos concretos mostram que a expectativa de auferir uma vantagem, mesmo que não negociável ou passível de troca, apresenta utilidade econômica.¹³⁹

Seria possível, portanto, observar o caráter pecuniário das chances perdidas, principalmente quando levado em conta o crescimento das atividades mercantis, marcadas pela expansão dos meios de produção, novas tecnologias e intuito de obtenção de lucro. As relações

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ AMARAL, A. C. C. Z. M. *Op. cit.* p. 76.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Ibidem, p. 99.

econômicas, o crescimento do mercado e a constante busca por novos horizontes apontam que as possibilidades de se obter vantagem econômica possuem relevância e sua interrupção, ao gerar lesão ao interesse patrimonial do indivíduo, tem relevância jurídica e se encaixa na hipótese de dano patrimonial.

Partindo da premissa patrimonial, resta o debate se a perda de uma chance configuraria dano emergente ou lucro cessante, diferenciados pela natureza presente ou futura do bem que afetam, ou, ainda, uma terceira modalidade de dano patrimonial.

Parte da doutrina adota a **tese etiológica da chance**, pregando uma analogia entre a perda da chance e o **lucro cessante**, porque a tutela deste permitiria ressarcir o dano que seria apenas provável. Tal corrente associa a chance à perda do resultado final que a vítima buscava e teria supostamente conseguido se não houvesse ocorrido a conduta lesiva do agente.¹⁴⁰

O dano afetaria um bem ainda não existente no patrimônio do lesado, mas que traria um prejuízo futuro, a ser mensurado de acordo com uma conjectura focada na possibilidade concreta ou na real probabilidade de obter o lucro final.¹⁴¹

Deste modo, acreditam que a perda da chance pode ser indenizável sob a condição de que a vítima prove que, se não ocorresse o evento danoso, ela provavelmente atingiria aquelas vantagens. Essa prova é extremamente difícil, contudo, pois a perda de uma chance não significa, por definição, a perda da coisa, mas a perda da esperança da coisa.¹⁴²

Mattos do Amaral discorre:

O lesado (...) teria o ônus de fornecer duas provas de verossimilhança: a primeira, a circunstância de que sem o fato danoso ele poderia aproveitar a chance; uma segunda prova de plausibilidade da circunstância que a possibilidade esperada seria provavelmente realizada. É óbvio que dificilmente iria indenizar a chance perdida, pela dificuldade de fornecer estas duplas provas de verossimilhança.

A qualificação da chance como lucro cessante acarretaria maior incerteza da ocorrência do prejuízo pela chance perdida, o que como consequência levaria a uma não reparação, pela impossibilidade de demonstração de que o resultado final seria alcançado ou da certeza da presença das condições para consegui-lo. A concepção da perda da chance como uma hipótese de lucro cessante é tese atraente, mas hoje praticamente abandonada.¹⁴³

Há uma confusão entre o dano causado pela perda da chance de obter vantagem e a perda da vantagem em si. Considerando a vantagem final, muitos autores defendem a impossibilidade de indenização da perda de uma chance na qualidade de lucro cessante, diante

¹⁴⁰ Ibidem, p. 104.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² Ibidem, p. 105.

¹⁴³ Ibidem.

da quase impraticabilidade da prova da lesão. Outros defendem, seguindo o mesmo raciocínio, que diante da prova, ainda que por critério probabilísticos, o lesante deve ser responsável pelo prejuízo final.¹⁴⁴

No caminho que trata a perda de uma chance pelo viés patrimonial, surge, também, a **tese ontológica**, que trata a teoria como uma modalidade de **dano emergente**, desvinculando a chance do resultado final e lhe atribuindo valoração independente, de forma que tirá-la do campo de interesses do indivíduo configura um dano indenizável.¹⁴⁵

Mattos do Amaral explica:

Considerando-se que a noção de que dano emergente representa tudo aquilo que o credor efetivamente perdeu, isto é, uma diminuição na sua esfera patrimonial, enquadrar a chance como representante dessa modalidade de dano patrimonial significa reconhecê-la como um bem autônomo, jurídica e economicamente relevante *de per si*, cuja existência independe de resultado final. Isso significa que sua indenização não guarda relação necessária com a ocorrência ou não do resultado final, pois as chances perdidas constituem um dado cuja característica predominante é ser mais do que uma possibilidade, mas menos do que uma certeza.¹⁴⁶

Vê-se a chance como uma hipótese de vantagem que já integra o patrimônio do indivíduo. Destarte, sua subtração acarreta uma lesão que afeta diretamente o patrimônio, causando-lhe diminuição, que será avaliada de forma independente do resultado final.¹⁴⁷

Cláudio Bonanno, citado por Amaral, completa:

Portanto, neste caso, a lesão da chance determina uma diminuição patrimonial (no sentido de que uma vez violada a chance, entendida como um elemento do patrimônio do lesado), avaliável de modo independente em relação ao resultado final, porque insista-se, neste caso, a chance é considerada um componente autônomo, que faz parte do patrimônio do sujeito, capaz de forma independente de sofrer um dano e ser ressarcida. Neste caso, a chance perdida constitui uma posição de vantagem avaliável economicamente que não existe mais no patrimônio do lesado, devido à conduta de outrem, relevante tanto na responsabilidade contratual quanto na extracontratual.¹⁴⁸

Considerada um bem autônomo, parte do patrimônio do sujeito, a chance é individualmente passível de sofrer um dano, devendo ser ressarcida, seja sob a ótica da responsabilidade contratual ou extracontratual.¹⁴⁹

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 107.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 109.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 110.

¹⁴⁸ *Apud* Ibidem.

¹⁴⁹ Ibidem.

Enquadrar a chance no plano dos lucros cessantes ou dos danos emergentes depende da noção a ela atribuída – se entendida como perda de um resultado favorável, tende-se a colocá-la na categoria de lucro cessante; se for considerada a perda da possibilidade de atingir um resultado favorável, e não o resultado em si, qualificar-se-á como dano emergente.¹⁵⁰

Há posição doutrinária, ainda, apontando ser impossível enquadrar a perda de uma chance nas categorias de lucro cessante ou dano emergente, devido às suas peculiaridades. Por isso, inovam e criam uma **terceira modalidade de dano patrimonial**, constituída exatamente pela perda da chance.

Para esta corrente, a perda da chance não acarreta diminuição de um bem já adquirido no patrimônio da vítima, não representa a hipótese de perda de vantagem futura e certa, nem tampouco há perda de um acréscimo patrimonial, mas sim a perda da possibilidade em si, da esperança de conseguir um lucro.¹⁵¹

Por este motivo, faltam requisitos para que o dano pelas chances perdidas seja considerado lucro cessante ou dano emergente. Além disso, o modo de apreciação *quantum* indenizatório é diferente. No dano emergente, o dano ocorre concretamente no patrimônio do lesado, então aplica-se fórmula matemática simples que compara o momento anterior e o posterior ao fato. É indenizada a diferença, o que não ocorre na perda de uma chance, pois antes da ocorrência do dano só havia a possibilidade de lucro, então nada foi incorporado ao patrimônio para que se pudesse efetivamente perder. Em relação aos lucros cessantes, a diferença se encontra por este constituir um dano incerto e ligado a uma probabilidade objetiva de ocorrer um resultado esperado.¹⁵²

Ao tentar conjugar as teses etiológica e ontológica, este posicionamento observa características únicas à teoria da perda de uma chance. A chance é reconhecida como parte atual do patrimônio (comum ao dano emergente), mas se lhe confere a ideia de incerteza (comum ao lucro cessante), demonstrado pela possibilidade de obtenção da vantagem. Reunindo tais características, estaríamos diante de uma terceira modalidade de dano patrimonial. A tese, contudo, não encontra muitos seguidores.¹⁵³

Na contramão das ideias acima elencadas, há tese que sequer considera o dano pela perda de uma chance como dano patrimonial, colocando-o como espécie agregadora de dano extrapatrimonial, especificamente de **dano moral**.

¹⁵⁰ Ibidem, pp. 110-111.

¹⁵¹ Ibidem, p. 115.

¹⁵² Ibidem, p. 115-116.

¹⁵³ Cf. Ibidem, p. 116.

Sérgio Novais Dias, tratando da responsabilidade civil do advogado, diz que a perda de uma chance se enquadra na modalidade dano moral em situações nas quais a matéria discutida no processo judicial não teria chances de êxito. Nestes casos, a chance teria um valor extrapatrimonial por si só. Em suas palavras:

(...) toda vez que o advogado deixa de recorrer o cliente perde a chance de ver a questão reexaminada pela instância superior. Contudo, nas situações em que, pela matéria discutida, não haveria probabilidade de sucesso, não se pode cogitar de dano patrimonial causado pelo advogado, porque o prejuízo material sofrido pelo cliente não terá decorrido da falta do recurso, pois este, sem chances de êxito, nenhuma alteração para melhor ensejaria em favor do cliente. Neste caso, o dano patrimonial que se pode considerar, embora nem sempre ocorra, é extrapatrimonial, ou dano moral, consistente na frustração decorrente de não ver a pretensão reexaminada por um órgão jurisdicional superior.¹⁵⁴

Por sua vez, Antônio Jeová Santos discute o assunto de forma exemplificativa, analisando o caso de um músico violinista extremamente talentoso e ganhador de vários prêmios que sofre um acidente e tem sua carreira frustrada por várias lesões incapacitantes. Segundo o autor, observando-se o passado do violinista, é possível dizer com certo grau de certeza que, se não tivesse ocorrido o ilícito, ele seria um grande músico. Então, quando não se tratar de mera conjectura, a perda de uma chance será um “agregador do dano moral”.¹⁵⁵

Em sentido semelhante, Savi assegura que a perda de uma chance seria um *plus* para a configuração do dano moral e, em se tratando de dano material, teria viés de dano emergente. Neste sentido:

(...) haverá casos em que a perda da chance, além de causar um dano material poderá, também, ser considerada um “agregador” do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que apesar de não ser possível indenizar o dano material decorrente da perda da chance, em razão da falta dos requisitos necessários, será possível conceder uma indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa. Frise-se mais uma vez: o que não pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral, já que, presentes os requisitos (...), a perda de uma chance pode dar origem a um dano material, nesta hipótese como dano emergente.¹⁵⁶

O autor sustenta em seu livro que a perda de uma chance deveria ser considerada uma subespécie de dano emergente quando a perda tiver cunho patrimonial. Ele entende que a perda já fazia parte do patrimônio do lesado, mas não se concede a indenização pela vantagem perdida e, sim, pela perda da possibilidade de conseguir a vantagem.¹⁵⁷

¹⁵⁴ DIAS, Sérgio Novais. *Apud* Ibidem, pp. 119-120.

¹⁵⁵ SANTOS, Antonio Jeová. *Apud* Ibidem, p. 120.

¹⁵⁶ SAVI, Sérgio. *Op. cit.* p. 60.

¹⁵⁷ Cf. Ibidem.

O autor apontou, ainda, que apesar de a teoria poder ser aplicada aos prejuízos morais e materiais, muitos tribunais a concedem apenas a título de dano moral. Em suas palavras:

Ao decidirem acerca das consequências da frustração da oportunidade, diversos tribunais entenderam que a vítima somente poderia ter sofrido danos morais. Em outras palavras, há inúmeros precedentes entendendo que a frustração de uma chance séria e real somente deva ser considerada como um agregador do dano moral, refletindo no montante da indenização a este título.¹⁵⁸

Levando em conta que as chances são probabilidades matematicamente apreciáveis, Mattos do Amaral aduz que reconhecer o caráter ressarcitório da chance e negar-lhe caráter patrimonial nem sempre está correto, pois considerá-la uma modalidade de dano moral deixa sob responsabilidade exclusiva do magistrado o arbitramento da fixação do montante indenizatório devido. Pode-se afirmar, sim, que a perda de uma chance tenha capacidade de lesar interesses extrapatrimoniais, mas não deve ser considerada exclusivamente como dano moral.¹⁵⁹

A autora demonstra que dois são os critérios usados pela doutrina para apontar se o dano ocorrido é patrimonial ou extrapatrimonial: a natureza dos bens ou interesses lesados ou os efeitos da lesão sobre o sujeito. Para ela, o melhor posicionamento é definir a categoria com base no bem, direito ou interesse violado.¹⁶⁰ Citando Maria Helena Diniz, ela ensina:

Isso se justifica porque “o dano pode ser definido como lesão (diminuição ou destruição), que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”. Desse modo, o dano patrimonial seria “a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem”, como apontado, ao passo que o dano moral “vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”. Esse posicionamento advém de leitura crítica à ausência de um conceito legal de dano, o que teria levado a doutrina a vincular o sentido jurídico de dano ao sentido material.¹⁶¹

Contudo, deve-se rejeitar a vinculação do conceito de dano em sentido jurídico ao sentido material, recuperando-se o seu conceito como lesão a um interesse juridicamente tutelado. Foca-se no interesse lesado, não nas consequências econômicas ou emocionais dessa

¹⁵⁸ Ibidem, p. 50.

¹⁵⁹ AMARAL, A. C. C. Z. M. *Op. cit.* p. 123.

¹⁶⁰ Ibidem, pp. 124-125.

¹⁶¹ Ibidem, p. 125.

lesão. Ora, pois, “se a chance é um interesse juridicamente protegido, a natureza de tal interesse condiciona a natureza do dano”¹⁶².

Destarte, identificar a natureza jurídica do dano pela perda de uma chance significa demonstrar o interesse ao qual o processo aleatório está relacionado. Se a vítima se encontra em um processo no qual busca vantagem econômica ou pretende evitar prejuízo financeiro, o dano pela perda da chance será patrimonial. Ao contrário, se processo visa defender ou atingir um interesse moral, o dano será extrapatrimonial. São os diferentes interesses envolvidos que determinam as diferentes naturezas jurídicas da perda de uma chance.¹⁶³

Em relação ao dano pela perda de uma chance de natureza patrimonial, Mattos do Amaral o coloca em paralelo com o lucro cessante e o dano emergente como modalidade distinta de dano patrimonial, que ela chama de dano emergente *sui generis*:

(...) afirmar-se que, pela atualidade e certeza de sua presença, a frustração da chance configura um dano emergente afronta anos de construção doutrinária. Em verdade, pois, ao utilizar-se o resultado final e sobre ele fazer incidir uma fórmula probabilística, está-se acrescentando uma nova variável ao critério que tradicionalmente torna evidente o dano emergente suportado pelo lesado (o critério da diferença; da *GAP theory*), tornando, assim, o dano pela perda chance, quando violado um interesse patrimonial, em dano emergente *sui generis*.¹⁶⁴

Portanto, a frustração da oportunidade perdida poderá ocasionar danos de naturezas distintas, patrimonial ou extrapatrimonial. Por suas características singulares, é um dano mutável e não se pode classifica-lo como dano emergente, lucro cessante ou dano moral sem análise do caso concreto.¹⁶⁵

2.4 CONDIÇÕES PARA RESSARCIBILIDADE DO DANO

Pacífico o entendimento favorável à reparabilidade do dano causado pela perda de uma chance, delineados seus elementos e apontada sua(s) natureza(s) jurídica(s), necessário demonstrar a existência de circunstâncias que condicionam a ressarcibilidade dessa modalidade de dano, de que devem ser apreciadas pelo magistrado ao decidir a demanda. São elas a causalidade, a probabilidade da chance perdida e a prova do dano.

¹⁶² Ibidem, p. 126.

¹⁶³ Ibidem, p. 127.

¹⁶⁴ Ibidem, pp. 133-134.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 135.

Considerando que a indenização pela perda de uma chance decorre da aplicação dos mesmos elementos inerentes à responsabilidade civil, é complicado auferir de forma tranquila e plausível se a conduta do agente tem relação com a possibilidade de obtenção do resultado esperado.

Devido à grande quantidade de situações que levam à prática do dano e ao pequeno senso de solidariedade, que acaba por criar novas formas de ato ilícito, uma característica da atualidade é a multiplicidade de hipóteses de responsabilidade civil. Limitá-los significa selecionar quais consequências danosas serão responsabilizadas. O problema dessa seleção é a **causalidade jurídica**, porque tem por escopo determinar a estreita relação que deve ocorrer entre o ato e a consequência danosa (sendo o primeiro fonte de responsabilidade da segunda).¹⁶⁶

Existe, ainda, a possibilidade da ocorrência de concausas, isto é, mais de uma causa ensejadora do evento danoso, cada uma delas condição *sine qua non* ao dano. Assim, nenhuma delas seria, isoladamente, suficiente para determinar o evento.¹⁶⁷

Para François Chabas, na perda de uma chance o nexo de causalidade deve existir entre o fato ilícito lesivo e a chance frustrada e nada além disso. Desta forma, o dano e a relação de causalidade são o centro de imputação normativa da responsabilidade, de modo que o nexo causal se baseia na normalidade e regularidade, que mostra previsível um determinado efeito como consequência da verificação de uma determinada causa.¹⁶⁸

A causalidade adequada considera como causa, então, a condição que se mostra apta a produzir certo efeito. Essa adequação é realizada em termos de probabilidade, partindo de conhecimentos médios, isto é, o dano será considerado efeito do fato lesivo se era provável que aquele decorresse deste em um plano de harmonia e sucessão natural de eventos.¹⁶⁹

Michele Taruffo assim reflete sobre o nexo de causalidade na teoria da perda de uma chance:

Por outro lado, deve demonstrar o conseqüente prejuízo, ou seja, que o sujeito teve uma possibilidade que foi perdida, que não pode ser realizada, devido ao fato ilícito em questão. O objeto da prova assume aqui um caráter peculiar: não se trata de provar um fato que deveria ter acontecido, mas um fato que se afirma não ter acontecido como resultado de um fato ilícito. O nexo de causalidade que tem que ser demonstrado é, portanto, hipotético, sendo hipotética a conexão que existe entre a ausência do ilícito (uma vez que ocorreu) e a existência da chance (uma vez que não ocorreu).¹⁷⁰

¹⁶⁶ Ibidem, p. 140.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 141.

¹⁶⁸ *Apud* Ibidem.

¹⁶⁹ DIAS, Sérgio Novais. *Apud* Ibidem, p. 142.

¹⁷⁰ *Apud* Ibidem, p. 142.

Quando se trata da perda da chance, o juiz deverá presumir ou hipotetizar a ausência de um ato ilícito para, daí, imaginar o que poderia ter acontecido. Segundo Isabelle Vacarie:

É certo que a causalidade não pode ser avaliada da mesma forma, pois depende da natureza do ato ilícito. Quando o ato ilícito é o resultado de uma abstenção e por hipótese não tenha contribuído significativamente para a ocorrência do dano, os tribunais e a doutrina são unânimes em considerar que ele pode ser juridicamente causal, caso se verifique que a ação do réu poderia ter evitado o dano. Este raciocínio resulta em uma mudança da prova. Não é mais para reconstruir a sequência de acontecimentos passados, mas para imaginar qual teria sido a sequência de eventos se o réu tivesse agido para cumprir suas obrigações. Este prognóstico se baseia em imaginar os efeitos esperados pelo ato omitido (não praticado) pelo réu. No entanto, sempre que não há uma relação necessária de causa e efeito, ninguém pode dizer que esse ato teria surtido efeitos benéficos: se havia chances de evitar o dano, não há certeza, não fica claro. Esta incerteza explica o recurso da noção da perda da chance para sancionar uma abstenção ilícita.¹⁷¹

A peculiaridade da teoria reside no fato de a chance representar uma **probabilidade** real e concreta de alcançar certa vantagem e, ao mesmo tempo, não demonstrar de forma efetiva qual seria seu resultado final. É certo que um evento interrompe um processo aleatório que poderia conduzir à vantagem pessoal, mas resta impossível demonstrar com certeza se a probabilidade levaria ou não àquele resultado.¹⁷²

Segundo Fernando Noronha, o valor da reparação da perda de uma chance depende do grau de probabilidade que existia de ser alcançada a vantagem esperada ou de se evitar um dano futuro.¹⁷³

No caso *Laferrière v. Lawson*, o juiz Moisan aponta sua dificuldade em identificar possibilidades ou probabilidades maiores ou menores, por se referirem a conceitos que se fundem a ponto de tornarem-se, por vezes, confusos, por se especular sobre as consequências de eventos que poderiam mas não chegaram a ocorrer e necessariamente não vão acontecer.¹⁷⁴

Para Maurizio Bocchiola, o sentido jurídico de chance indica a probabilidade de alcançar uma vantagem ou evitar um prejuízo. Mostrando-se uma possibilidade concreta, a chance não se confunde com expectativa de fato ou simples hipótese e constitui, em verdade, uma entidade patrimonial, jurídica e economicamente suscetível de avaliação autônoma, enquanto que a hipótese permanece no campo da suposição, sem qualquer chance de acontecer.¹⁷⁵

¹⁷¹ VACARIE, Isabelle. *Apud* Ibidem, p. 144.

¹⁷² Ibidem.

¹⁷³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 672.

¹⁷⁴ *Apud* AMARAL, A. C. C. Z. M. *Op. cit.* p. 145.

¹⁷⁵ *Apud* Ibidem, pp. 146-147.

Geneviève Viney entende que as diretrizes e limites para a aplicação da teoria da perda da chance devem ser estabelecidos pelos tribunais, sugerindo como primeira condição a seriedade e realidade da chance e, como segunda, a observância do grau de probabilidade de realização da chance, a fim de se avaliar os prejuízos.¹⁷⁶

Decisões jurisprudenciais acabam por adotar o entendimento de que a chance poderá ser apontada como juridicamente relevante se não for mera *possibilidade* de obtenção de resultado favorável, mas constitua consistente *probabilidade* de sucesso.¹⁷⁷

Neste escopo, objetivando diferenciar o dano hipotético e o certo a fim de comprovar o dano pela perda de uma chance, a tendência jurisprudencial tem sido a adoção de uma probabilidade considerada suficiente, que possibilite ao juiz, diante do caso concreto, avaliar se a conduta efetivamente causou o dano e se convença da certeza da chance.¹⁷⁸

Mattos do Amaral completa, indicando sua posição:

Não convém caracterizar as categorias dos danos indenizáveis, utilizando como parâmetro um índice previamente determinado sobre percentual fixo, mas, sim, aferir através de mecanismos justos, quando o presente dano pela perda da chance, em cada caso concreto. A não adoção de padrão rígido consubstanciado na fixação de um percentual mínimo constitui solução mais justa, por conceder ao juiz a possibilidade de auscultar os fatos que permitam a sua convicção da injustiça do dano, propiciando uma decisão equânime na dificultosa tarefa de fixação do dano pela perda da chance. Portanto, a ressarcibilidade do dano pela perda da chance não deve ser regulada por teto mínimo de percentual de probabilidade, sob pena de equiparar-se a um sistema inflexível, devendo-se permitir uma avaliação pelo magistrado através, da qual seja possível identificar o real dano sofrido.¹⁷⁹

Ou seja, a chance não está dispensada de apresentar certo grau de certeza do dano sofrido, configurado pela probabilidade a ser avaliada nas condições do caso concreto. Demais disso, ainda que de difícil constatação, é imprescindível apontar a **prova do dano** para que ele seja indenizado.

A simples alegação da existência da chance e de sua frustração não é suficiente, devendo ficar cabalmente comprovada a probabilidade existente de sucesso se não houvesse o evento que ludibriou o processo aleatório, justificando-se, então, seu ressarcimento.

Segundo Amaral Mattos, a perda da chance exige duas provas a serem consideradas pelo magistrado: a primeira diz respeito à existência do dano pelas chances perdidas e a segunda ao *quantum* indenizatório.¹⁸⁰

¹⁷⁶ *Apud* Ibidem.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 151.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 194.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 173.

A prova da existência do dano repousa na demonstração do nexo de causalidade entre a conduta lesante e a perda da chance. Isto é, conforme aduzido anteriormente, o juiz observará se a conduta ilícita foi condição essencial para a interrupção do processo aleatório, retirando da vítima, em caráter definitivo, todas as possibilidades de se obter uma vantagem esperada. É indispensável provar a realização em concreto de pelo menos alguns dos pressupostos para atingir o resultado desejado e impedido pela conduta ilícita.

O *quantum* indenizatório, de seu turno, deve ser avaliado relacionando-o ao percentual de probabilidade para alcançar a vantagem frustrada ou o prejuízo que não foi impedido. Tal prova deve ser obtida com a realização de perícia sempre que a necessidade de apreciação técnica escapar ao saber jurídico.

Consequentemente, a prova não se reveste de padrões rígidos, impondo-se certa flexibilização na análise de sua existência, que pode ser demonstrada a chance por meio de testemunhas e o dano por presunção simples. O valor da indenização dependerá do sopesamento das provas apresentadas, devendo oferecer segurança, consistência e precisão quanto ao grau de probabilidade da chance no caso concreto.¹⁸¹

Vale frisar que o resultado final jamais será absolutamente certo, porquanto é intrínseco à perda de uma chance a ideia de que o processo aleatório seja interrompido diante de uma probabilidade de se obter um resultado útil. Se o resultado final for certo, não há de se falar em reparação pela perda da chance, mas de indenização integral decorrente de um dano efetivo e comprovadamente sofrido.¹⁸²

Nas palavras de Fernando Noronha, “*o dano é a perda da própria chance que o lesado tinha antes da conduta antijurídica, perda esta que é um prejuízo distinto do benefício que era esperado*”.¹⁸³

A perda da chance é, então, dano ressarcível, desde que observadas as condições acima expostas. Reconhecida sua indenizabilidade e a possibilidade de ressarcimento, necessário discorrer sobre a forma de quantificação do dano evidenciado.

¹⁸¹ Cf. Ibidem, pp. 173-174.

¹⁸² Ibidem, p. 174.

¹⁸³ NORONHA, Fernando. *Op. cit.* p. 704.

2.5 QUANTIFICAÇÃO DO DANO

A matéria da quantificação do dano na responsabilidade civil por perda de uma chance é pouco comentada pela doutrina e pela jurisprudência, que se omitem ao indicar as diretrizes adotadas para chegar ao valor concedido a título de indenização. Apesar da dificuldade e de não haver consenso doutrinário, alguns autores tratam do tema, anotando importantes considerações que podem ajudar o magistrado na resolução do problema.

De início, ressalta-se que o valor do dano não se relaciona à perda do resultado almejado, devendo ser proporcional à possibilidade de consegui-lo. Por este motivo, sua reparação sempre será inferior ao valor da vantagem final esperada pela vítima, de forma que a quantificação seja realizada “*com base na possibilidade de sucesso que o indivíduo possuía no momento do evento danoso, na ocasião em que a chance fora subtraída pelo agente*”.¹⁸⁴

A jurisprudência italiana aponta que a chance em si já será indenizável, desde que comprovada sua preexistência no patrimônio do sujeito:

Deve ser considerado, para fim da existência e determinação do dano ressarcível (...), que o conceito de perdas e de ganhos do art. 1.233 CC não se refere apenas aos entes pecuniários, mas a quaisquer benefícios ou utilidades economicamente avaliáveis. Em concreto, constitui também uma entidade patrimonial, uma situação ligada a um ganho provável: o seu valor econômico advém do grau de probabilidade que ele efetivamente produza; o fato de que a situação seja idônea (...), a produzir apenas provavelmente e não com absoluta certeza do ganho, influi não sobre a existência, mas na valoração do dano ressarcível.¹⁸⁵

Ao tratar do tema, Flávio da Costa Higa aponta algumas fórmulas para a quantificação dos danos, quais sejam, o coeficiente redutor, a “teoria da diferença”, a estatística e a equidade.¹⁸⁶

Segundo o autor, como a chance representa uma parte em relação à obtenção do todo, cuja conquista foi frustrada por fato danoso, o valor da indenização será inferior ao valor do dano final, devendo ser submetido a um **coeficiente de redução** correspondente ao percentual de chances de êxito que a vítima teria de conseguir o resultado esperado. A operação é materializada na equação “ $PC = RF \times P$ ”, onde PC é o valor da perda da chance, RF é o

¹⁸⁴ AMARAL, A. C. C. Z. M. *Op. cit.* p. 190.

¹⁸⁵ Cass. n. 6906 de 19 de novembro de 1983. *Apud* Ibidem, p. 191.

¹⁸⁶ Cf. HIGA, Flávio da Costa. *Op. cit.* p. 133-ss.

resultado final esperado e P é a probabilidade de concretização do resultado final, que será o coeficiente redutor.¹⁸⁷

Fernando Noronha faz importante ressalva: esse cálculo será facilmente realizado somente em casos que apontem condições de determinar quais seriam o valor tanto do dano total quanto do percentual de probabilidade; nos demais, o cálculo da probabilidade será complicado, mesmo que não mais difícil do que nos casos de reparação por dano extrapatrimonial.¹⁸⁸

Quando o coeficiente redutor for ineficaz ou insuficiente para encontrar o valor da reparação, parte-se para a **teoria da diferença**, cunhada pela doutrina germânica, que diz que *“o dano se estabelece mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido: o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação”*.¹⁸⁹

Trata-se, contudo, de um juízo especulativo, pois não se pode ter certeza se outra circunstância teria o condão de obstar que os acontecimentos se concretizassem do modo previsto pelo julgador a partir da razoabilidade.¹⁹⁰

Higa ressalta que, quando o juízo sobre o resultado final na hipótese de não ocorrência do fato danoso for incerto, o julgador fará uso, primeiramente, da teoria da diferença, formulando um dado hipotético sobre a totalidade da vantagem almejada para, depois, aplicar o coeficiente de redução concernente à probabilidade de que aquela chance de obter a vantagem viesse a se concretizar.¹⁹¹

O autor aponta, ademais, que o uso da **estatística** pode colaborar na leitura da equação proposta para quantificar o dano ($PC = RF \times P$), servindo tanto para que se possa deduzir o resultado final, quanto para aferir as probabilidades de um determinado resultado.¹⁹²

Não há, contudo, estatística para todos os fatos da vida, levando, por vezes, à impossibilidade material de sua utilização. A alternativa, portanto, seria fazer da **equidade** um instrumento permanente de auxílio para a entrega da tutela jurisdicional, inclusive na apuração do dano pela perda de uma chance.¹⁹³

¹⁸⁷ No mesmo sentido, Sérgio Savi aponta a fórmula estabelecida pela Corte de Cassação italiana: “VI – VRF x Y”, onde VI é o valor da indenização da chance perdida, VFR é o valor do resultado final e Y é o percentual de probabilidade de obtenção do resultado final. Cf. *Op. cit.* p. 32.

¹⁸⁸ NORONHA, Fernando. *Op. cit.* p. 675.

¹⁸⁹ AGUIAR DIAS, José de. *Apud* HIGA, Flávio da Costa. *Op. cit.* p. 137.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 138.

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² *Ibidem*, p. 142.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 151-162.

Importa dizer, afinal que a quantificação do dano não pode ser pautada apenas em critérios aritméticos, devendo o juiz se ater, também, a todas as circunstâncias e particularidades que de alguma forma afetam a realização da vantagem pretendida e interrompida pelo ato danoso.¹⁹⁴

¹⁹⁴ AMARAL, A. C. C. Z. M. *Op. cit.* p. 196.

3 A PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Traçado o esboço histórico do Direito das Famílias e analisada detalhadamente a responsabilidade civil, notadamente no que concerne ao instituto da perda de uma chance, faz-se necessário, inicialmente, traçar a história e a recepção da teoria no Direito Brasileiro, a fim de entender a compatibilidade da perda de uma chance com o Direito das Famílias.

3.1 A TEORIA NO DIREITO BRASILEIRO

Diferentemente da França e da Itália, o estudo da responsabilidade civil pela perda de uma chance no Brasil é recente e ainda tratado de maneira superficial pela maior parte da doutrina brasileira. Ainda assim, percebe-se que tanto os autores clássicos quanto os contemporâneos tendem a aceitar a aplicação da teoria no ordenamento pátrio.

Para fundamentar o acolhimento da teoria pelo Direito brasileiro, Agostinho Alvim trata da perda de prazo por parte do advogado para interposição de recurso de apelação contra sentença que prejudica os interesses de seu cliente. Ele afirma que seria impossível ter certeza de que, caso interposto, a apelação teria sido provida. Contudo, mesmo não sendo possível fazer essa prova, há perda da chance de ver a matéria reexaminada pelo Tribunal, configurando dano passível de prova de certeza e de quantificação.¹⁹⁵

Sua aceitação da teoria se mostra mais evidente quando o autor cita hipótese em que determinada pessoa participaria de um concurso no qual um animal considerado raro, de sua posse, concorreria ao grande prêmio. O animal morre em um acidente que poderia ter sido evitado se não houvesse negligência de seu cuidador. Inegável que o animal fazia parte de seu patrimônio e tinha a possibilidade de ganhar o prêmio, probabilidade que fazia com que seu preço comercial aumentasse, reconhecendo-se o valor patrimonial da chance perdida pelo proprietário do animal morto.¹⁹⁶

Carvalho Santos trata a perda de uma chance como lucro cessante no caso da perda de prazo pelo advogado, mas, ao contrário de Alvim, não enxerga a existência de um dano na simples perda da chance de ver o mérito reavaliado por instância superior. Segundo ele, a obrigação do advogado de recorrer só existe quando houver possibilidade de reforma da sentença, a não ser que seu cliente insista – e, ainda assim, restariam dúvidas sobre o direito do

¹⁹⁵ *Apud* SAVI, Sérgio. *Op. cit.* p. 37.

¹⁹⁶ *Apud* Ibidem, p. 38.

cliente ao pedido de indenização diante da impossibilidade de provar que a apelação seria provida.¹⁹⁷

Ao colocar a perda de uma chance na categoria de lucro cessante e exigir a prova do provimento do recurso, Carvalho Santos inviabiliza a pretensão de indenização pela chance perdida em si.¹⁹⁸

Aguiar Dias também se mostra favorável à aplicação da teoria no país. O autor analisa e critica fortemente sentença proferida por magistrado carioca em 1929, admitindo que a perda da oportunidade de ver a causa reexaminada pelo Tribunal, diante da perda do prazo para interpor recurso, constitui perda de um direito e, assim, é passível de indenização. Ele encontra dificuldade, apenas, na quantificação da indenização, já que insere a chance perdida nos lucros cessantes e recai na prova da certeza do dano para que a lesão seja indenizável.¹⁹⁹

Caio Mário da Silva Pereira e Miguel Maria de Serpa Lopes também se mostram favoráveis à teoria, aduzindo que a chance perdida será ressarcível quando demonstrada uma probabilidade suficiente de sucesso, exigindo que a oportunidade perdida seja real e séria.²⁰⁰

Entre os autores mais atuais a posição de Judith Martins-Costa aparece em seus comentários ao Código Civil:

Embora a realização da chance nunca seja certa, a perda da chance pode ser certa. Por estes motivos não vemos óbice à aplicação criteriosa da Teoria. O que o art. 403 afasta é o dano meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexo causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar.²⁰¹

Sergio Cavalieri Filho entende que a perda de uma chance deve ser analisada no caso concreto, a saber se terá natureza patrimonial ou extrapatrimonial.²⁰²

Sérgio Novais Dias não reconhece o valor da chance em si considerada, tratando-a como uma espécie de lucro cessante. De qualquer forma, foi o primeiro a ressaltar a responsabilidade do advogado na perda de uma chance. Em suas palavras:

As duas soluções radicais que podem cogitadas, para essa questão da perda de uma chance, ao resolvem o problema, porque âmbas conduzem a resultado injusto. Uma sustenta que o advogado não pode ser responsabilizado na perda de uma chance, sob o fundamento de que, não se tendo a certeza do resultado, não se pode ter como certa a existência do dano. Outra propugna que o advogado deve sempre e integralmente

¹⁹⁷ *Apud* Ibidem, pp. 39-40.

¹⁹⁸ Cf. Ibidem, p. 40.

¹⁹⁹ *Apud* Ibidem, pp. 40-41.

²⁰⁰ *Apud*, Ibidem, p. 41.

²⁰¹ *Apud* Ibidem, p. 41.

²⁰² *Apud* Ibidem, p. 42.

ser responsabilizado pela totalidade do resultado negativo que a perda de chance proporcionou ao cliente, medindo o prejuízo entre a situação primitiva e aquela em que estaria se sua pretensão tivesse sido inteiramente acolhida. Ambas as soluções não satisfazem, pois, na primeira, teríamos o advogado como um ser intocável e irresponsável por seus atos e omissões no exercício da profissão, causando danos terríveis e não ressarcidos aos seus clientes. Na segunda, haveria uma situação de loteria, pois veríamos clientes desejando que seu próprio advogado falhasse, deixando de interpor o recurso cabível ou de ajuizar a ação antes de ultrapassado o prazo decadencial, pois aí, por mais frágil que fosse o direito que o cliente postulasse ser reconhecido, o advogado poderia ser responsabilizado integralmente pelo total da pretensão, que seria para o cliente o caminho mais fácil para alcançar o ganho.²⁰³

Para o autor, a chance por si só considerada teria valor extrapatrimonial quando o recurso não tivesse chances de êxito devido à matéria discutida, não se podendo cogitar dano material causado pelo advogado. Caberia ao juiz responsável pela análise da pretensão indenizatória, portanto, fazer um juízo de probabilidade de êxito do recurso – se tivesse chances de ser provido, o advogado seria condenado ao pagamento de indenização equivalente ao que o cliente receberia ao fim da demanda judicial; não havendo possibilidade de provimento do recurso, a pretensão indenizatória seria afastada.²⁰⁴

Cabível colacionar os ensinamentos de Rafael Pettefi da Silva, frutos de estudo das doutrinas francesa e italiana:

(...) entende-se que a correta sistematização atual da teoria da perda de uma chance encerra duas categorias. A primeira, embasada em um conceito específico de dano. A segunda, por outro lado, estaria respaldada no conceito de causalidade parcial em relação ao dano final. Imperioso ressaltar que os caos da seara médica, como enfoca François Chabas, podem ser observados nas duas categorias da teoria da perda de uma chance, não se apresentando como objeto exclusivo da segunda aplicação. A rigor, pretende-se impor aqui uma ruptura, porém não mais entre os casos “clássicos” e aqueles vinculados à seara médica. Também seria correto afirmar que todas as vezes que o processo aleatório em que se encontra a vítima é interrompido, com a perda definitiva da vantagem esperada e a total aniquilação das chances da vítima, está-se diante de chances perdidas como dano específico e autônomo. Porém, quando o processo aleatório chegou até o final, como costuma acontecer na seara médica, a noção de causalidade parcial é chamada a depor. Neste último caso, a conduta do agente apenas retira algumas chances de a vítima auferir vantagem esperada, fazendo com que esta ainda possa ser alcançada.²⁰⁵

Fernando Noronha defende a aplicação da perda de uma chance tanto nos casos de um dano específico como nos casos em que se mostra necessário recorrer à causalidade parcial. Para ele, a teoria pode ser dividida em três modalidades, quais sejam, “frustração da chance de obter uma vantagem futura”, “frustração da chance de evitar um prejuízo futuro” e “frustração

²⁰³ *Apud* Ibidem, p. 43.

²⁰⁴ Ibidem.

²⁰⁵ *Apud* Ibidem, p. 45.

da chance de evitar um dano que aconteceu”, esta última subdividida em “perda de uma chance de evitar que outrem sofresse prejuízo” e “perda de uma chance por falta de informação”.²⁰⁶

A chance de obter vantagem e evitar prejuízo futuro abarcam a **teoria clássica** da perda de uma chance. A terceira tem características próprias, que a diferenciam da vertente clássica. Segundo Gisela Sampaio da Cruz, enquanto na clássica o dano surge de um evento que interrompeu o processo em curso, na perda de uma chance de evitar o prejuízo que já aconteceu ocorre o contrário: a lesão surge exatamente porque o processo não fora interrompido, quando poderia tê-lo sido. Se tivesse sido interrompido, haveria a chance de o dano não ocorrer. Logo, as chances não estão mais relacionadas a algo futuro, mas a um passado que poderia ter sido evitado.²⁰⁷

Apesar dos diversos posicionamentos quanto à natureza jurídica do instituto, a maioria dos doutrinadores, desde os clássicos aos contemporâneos, entende pela possibilidade de indenizar a perda de uma chance séria e real.

O tema vem sendo cada vez mais aceito, também, pela jurisprudência brasileira. O primeiro acórdão a fazer referência à responsabilidade civil pela perda de uma chance data de 1990, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tratando de ação de indenização ajuizada em face de erro médico. Após cirurgia para correção de miopia, a autora teve como efeitos colaterais hipermetropia e cicatrizes na córnea que lhe acarretaram névoa no olho operado. Vejamos a ementa do acórdão relatado pelo então desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

Cirurgia seletiva para correção de miopia, resultando névoa no olho operado e hipermetropia. Responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado e de indenização por perda de uma chance.²⁰⁸

O Tribunal concluiu que a hipermetropia e as cicatrizes na córnea eram consequência direta e imediata do erro médico e, diante da possibilidade de se estabelecer o nexo causal entre o ato do médico e a lesão, não haveria de se falar em indenização pela chance perdida.

A primeira vez em que a perda de uma chance foi reconhecida e aplicada remonta ao caso *Juchen v. Noé*. A autora da ação havia contratado o réu como seu advogado para ajuizar ação em face do INPS (hoje INSS), intentando receber benefício previdenciário pelo

²⁰⁶ *Apud* Ibidem, p. 45.

²⁰⁷ *Apud* Ibidem, p. 46.

²⁰⁸ TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 598.069.996, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 12/06/1990. *Apud* Ibidem, p. 48.

falecimento de seu cônjuge. A ação foi devidamente proposta e distribuída, mas um extravio fez com que a demanda não fosse recebida por nenhuma Vara da Comarca. A inércia do advogado em informar sua constituinte sobre a situação processual ou tomar qualquer providência para restaurar os autos ensejou o pagamento de indenização.²⁰⁹

O réu apelou da sentença e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, novamente sob relatório do desembargador Aguiar Júnior, concluiu que o advogado teve conhecimento do extravio dos autos e, não repassando a informação à cliente nem diligenciando para sanar o problema, descumpriu os deveres inerentes à advocacia.²¹⁰

Trecho do acórdão aponta de forma clara a fundamentação favorável à aplicação da teoria da perda de uma chance:

Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e não restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance e nisso reside o seu prejuízo. Como ensinou o Prof. François Chabas: “Portanto, o prejuízo não é a perda da aposta (do resultado esperado), mas da chance de tentar alcançá-la” (“La perde d’une chance em droit français”, conferência na Faculdade de Direito da UFRGS, em 23.5.90). Por isso, não impressiona o argumento longamente expendido nas razões de recurso sobre a impossibilidade jurídica de a autora ver reconhecido seu direito à pensão previdenciária pela morte do marido, uma vez que esse não era segurado do Instituto. O argumento tem dois defeitos: primeiro, mostra que o réu está agindo contra os próprios autos, isto é, tendo proposto ação fundada na alegação de um certo direito, não pode justificar sua omissão de informar e de diligenciar, lembrando a inexistência desse mesmo direito. A ninguém é dado “venire contra factum proprium”; em segundo, porque a álea integra a responsabilidade pela perda de uma chance. Se fosse certo o resultado, não haveria a aposta e não caberia invocar este princípio específico de perda da chance, dentro do instituto da responsabilidade civil.²¹¹

Em decisão unânime e coerente, o acórdão negou provimento ao recurso e determinou a fixação de indenização observando-se o fato de que o dano correspondia apenas à perda da chance.

A primeira decisão do Superior Tribunal de Justiça a citar a teoria é um tanto ambígua e, nas palavras de Flávio da Costa Higa, “*carece de precisão científica para que se possa afirmar, de modo categórico, se a Corte, naquele momento, adotaria ou não a teoria da perda de uma chance*”.²¹²

O caso tratava de uma empresa do ramo petrolífero que reclamou ter sido vítima de supressão da possibilidade de lucro, pois ausente licitação para colocação de postos de

²⁰⁹ HIGA, Flávio da Costa. *Op. cit.* p. 48.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 49.

²¹¹ TJRS, 5ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 591.064.837. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 29.8.1991. *Apud* *Ibidem*, pp. 49-50.

²¹² *Ibidem*, p. 51.

combustíveis ao longo de determinada rodovia, fato este que impossibilitou que a companhia tivesse a chance de explorar a atividade naquele local.

O relator, em seu voto, qualifica a chance como expectativa de fato e diz que o prejuízo é meramente hipotético, argumento há muito já superado. Não obstante, de forma bastante irônica, sinaliza que a chance tem valor econômico, exemplificando com o caso da inércia do advogado em demanda judicial. Ainda assim, aponta diferença entre a chance de vencer um processo judicial e a chance de vencer um processo licitatório, negando provimento ao recurso e afastando a possibilidade de indenização.²¹³

Sérgio Savi considera que o verdadeiro *leading case* em matéria de responsabilidade civil por perda de uma chance no Brasil foi o caso “Show do Milhão”. Julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 8 de novembro de 2005, restou claro o acolhimento da teoria, conforme apontado pela ementa:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DA PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, *impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade*.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido.²¹⁴

A autora da ação havia participado do programa Show do Milhão, veiculado pelo SBT, no qual, diante de uma série de perguntas e respostas, o participante poderia ser premiado com o valor máximo de um milhão de reais em barras de ouro. A cada pergunta respondida o montante do prêmio era aumentado, de modo que, ao acertar a penúltima pergunta, a autora já havia acumulado quinhentos mil reais.

Apresentada a “pergunta do milhão” (“A constituição reconhece direitos dos índio de quanto do território brasileiro? A) 22%, B) 2%, C) 4%, D) 10%”), a participante optou por não respondê-la, entendendo que, na forma como fora apresentada, não havia resposta adequada. Deste modo, para não perder o dinheiro que já havia acumulado, decidiu parar.

Por entender que a produtora do programa agiu de má-fé, a participante ajuizou ação pleiteando o pagamento de indenização por danos morais e materiais, estes no valor de

²¹³ Ibidem, p. 52.

²¹⁴ STJ, Recurso Especial nº 788.459-BA, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 08.11.2005, DJ em 13.03.2006. *Apud* SAVI, Sérgio. *Op. cit.* p. 75. Grifos do autos.

quinhentos mil reais por ter perdido a chance de receber este valor em razão da conduta da ré. A Juíza do caso em primeira instância julgou procedente o pedido de danos materiais, afastando apenas os danos morais, e determinando o pagamento do valor requerido pela autora.²¹⁵

A ré interpôs recurso, rejeitado pelo Tribunal de Justiça da Bahia, que manteve integralmente a sentença. Contra este, interpôs recurso especial por violação do art. 1.059 do Código Civil de 1916, sob a alegação de que a chance de a autora responder corretamente a última pergunta formulada seria de 25%, visto que para cada pergunta existem quatro possíveis respostas. Assim, se mantida a condenação, deveria ser minorado o valor fixado para a porcentagem adequada.

Ao analisar as razões do recurso especial, o Ministro Fernando Gonçalves aplicou a teoria da perda de uma chance, entendendo que a conduta da ré fez com que a autora perdesse a oportunidade de ganhar o prêmio máximo. Conclui, porém, que não se poderia ter certeza absoluta se a autora acertaria uma outra pergunta, passível de resposta. Portanto, diante da incerteza do acerto da resposta, mas da certeza de que a oportunidade perdida já fazia parte de seu patrimônio no momento da conduta danosa, decidiu que a autora fazia jus ao pagamento de indenização, mas na proporção de 25%, nos termos do recurso, porque esta era a sua real probabilidade de acerto.

Ao estudar o caso em sua obra “Responsabilidade Civil por perda de uma chance”, Sérgio Savi, ainda que com ressalvas, traça comentários elogiosos:

O acórdão é, em nosso sentir, quase impecável e, sem dúvida, merecedor de nossos aplausos pela forma técnica em que foi elaborado. Os critérios, limites e a forma de aplicação da teoria defendidos neste livro foram acolhidos quase integralmente. O único reparo que entendemos cabível e que implicaria a modificação do julgado, diz com limites para a aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.

Isto porque (...) entendemos que a chance, para ser considerada séria, real e, portanto, passível de indenização a título de danos materiais, precisa ser superior a 50% (cinquenta por cento). Neste caso, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, o raciocínio dos Ministros que compõem a Quinta Turma foi perfeito. As chances da autora foram adequadamente analisadas no caso concreto. Contudo, mesmo tendo chegado à conclusão que as chances eram de 25% (vinte e cinco por cento), entenderam por indenizar a chance perdida.

Não há como afirmar que o acórdão está equivocado neste ponto. A diferença entre o entendimento esposado pelo STJ no caso *show* do milhão e aquele por nós defendido neste livro é, tão somente, em relação ao critério a ser adotado. Há quem entenda, como o Superior Tribunal e Justiça, que a decisão amolda-se perfeitamente à forma de indenização baseada em probabilidades, onde o valor devido será *sempre* aquele resultante da probabilidade multiplicada pelo valor que obteriam em caso de

²¹⁵ Neste aspecto, Sérgio Savi frisa o erro da juíza de primeira instância, porquanto reconheceu a perda de uma chance, mas determinou o pagamento do valor integral do prejuízo. Para o autor, “a indenização pela chance perdida sempre será inferior ao montante que a parte receberia se a oportunidade de um ganho não tivesse sido perdida e o ganho tivesse se verificado”. Cf. SAVI, Sérgio. *Op. cit.* p. 77.

concretização da chance, mesmo naqueles casos em que a probabilidade é inferior a 50% (cinquenta por cento).²¹⁶

Em decisão mais recente, publicada em 4 de agosto de 2009, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu não apenas a recepção da teoria da perda de uma chance pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas também sua possibilidade de originar danos tanto materiais quanto morais. O acórdão está assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO.

- A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.

- Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda “de uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.

- *A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.*

- A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.

- A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da súmula 7, STJ.

- Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STJ. Recurso Especial não conhecido.²¹⁷

Resta claro, portanto, que os Tribunais brasileiros, notadamente o Superior Tribunal de Justiça, tendem a acolher a teoria clássica da responsabilidade civil por perda de uma chance.

3.2 COMPATIBILIDADE COM O DIREITO DAS FAMÍLIAS

Conforme estudado no primeiro capítulo deste trabalho, o sistema de Responsabilidade Civil e, também, o Direito das Famílias deixaram de se prestar a pura tutela de bens materiais e passaram a dar espaço jurídico ao patrimônio imaterial, notadamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

²¹⁶ Ibidem, pp. 79-80.

²¹⁷ STJ, Recurso Especial nº 1.079.1850-MG, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11.11.2008. *Apud* Ibidem, p. 81. Grifos do autor.

De modo a ampliar e priorizar a proteção da pessoa humana, as cláusulas gerais de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), de solidariedade social e erradicação da pobreza (art. 3º, III, CF/88) e de igualdade substancial e liberdade (arts. 3º e 5º, CF/88) dão às normas infraconstitucionais um novo conteúdo e, por isso, alcançam situações até então ignoradas pelo Direito.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

(...) 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 houvéssimos descoberto o óbvio após longa procura. A capacidade – ou não – de operar 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 miliar, 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.²¹⁸

A Constituição da República promoveu verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, sinalizando a cidadania como seu elemento propulsor, o que influencia a forma como são construídos, formulados e analisados os institutos de Direito Civil.

A evolução sócio-jurídica dos últimos tempos, reforçada pela novel Carta Magna, apontou a necessidade de se reler os conceitos e institutos jurídicos clássicos, dentre eles a Família e a Responsabilidade Civil. Consequentemente, surgem novas categorias jurídicas não mais neutras e indiferentes, mas dinâmicas e congruentes com a realidade social do país, como o reconhecimento da união de pessoas do mesmo gênero. Diferentes campos do Direito passam a interagir, sendo vistos, agora, diante de uma leitura constitucional, de modo que “*o Direito Constitucional afastou-se da ciência política, avizinando-se das necessidades humanas reais, concretas, procurando afirmar uma fecunda teoria constitucional*”.²¹⁹

Primando-se pela proteção avançada da pessoa humana, as hipóteses de cabimento indenizatório são ampliadas, aumentando o volume e o grau da responsabilização civil por lesão a vários aspectos da personalidade humana, e não apenas de seu patrimônio material. Diante da existência de novos direitos e interesses tutelados, naturalmente amplia-se as hipóteses de reparação de dano.

²¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Apud* FARIAS, Cristiano Chaves de. *A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/182.pdf>. Acesso em 24 de junho de 2018.

²¹⁹ Cf. *Ibidem*.

Neste esteira pela reparação abrangente e efetiva de danos imateriais, Anderson Schreiber descreve o fenômeno que chamou de “*erosão dos filtros de reparação, com a gradual perda de importância dos tradicionais critérios de imputação de responsabilidade (a culpa e o nexo causal), a partir dos quais se promovia a rigorosa seleção dos pleitos ressarcitórios*”²²⁰. Permite-se a indenização de certos danos injustos, ainda que não decorrentes de maneira direta e imediata da conduta pressuposta, pois, segundo Chaves de Faria²²¹, exigir um nexo de causalidade cheio de rigores para toda e qualquer indenização pode dificultar a proteção da pessoa humana.

Na veia aberta desta Responsabilidade Civil mais fluída, flexível e próxima da subjetividade do indivíduo, reescrita pela supremacia da dignidade da pessoa humana aduzida na Constituição, a teoria da perda de uma chance viu espaço no ordenamento jurídico brasileiro e, indiscutivelmente, no Direito das Famílias, respeitados os seus contornos.

As sucessivas mutações sofridas pela figura da entidade familiar no curso da história e, principalmente, do século XX impressionam pela velocidade e mutabilidade, dando suporte social para a cristalização dos novos condutores da tutela jurídica das relações familiares pela Constituição de 1988.

O século surgido com o avanço industrial, ironicamente, foi marcado por codificações burguesas que previam famílias mononucleares, patriarcais, surgidas apenas do matrimônio e voltada com exclusividade para as relações hierarquizadas construídas no interior da relação conjugal. Na contramão do avanço tecnológico, a sociedade fixava suas bases em terreno arcaico, patrimonializado e machista.

A implementação do estado social, desenvolvido ao longo do século XX, permitiu que a felicidade, a realização pessoal, o suporte psicológico e a composição equilibrada de conflitos, conceitos até então ignorados, se tornassem mais próximos das relações familiares, adquirindo relevância nunca vista. O controle dos poderes econômicos e intervenção nas relações privadas trouxe como pontos dominantes do estado social a solidariedade de seus membros e a promoção da justiça social, que também alcançam o bojo da família. Reduzem-se os poderes marital e paterno e dá-se espaço à inclusão e equidade dos que a compõem, cada um compreendendo seu espaço participando de forma igualitária.

Para analisar a teoria da perda de uma chance dentro desta perspectiva jurídica de família plural, democrática, igualitária e fundada no afeto, deve-se esclarecer que o Direito das Famílias exhibe peculiaridades próprias de um conjunto normativo que abarca, nos seus

²²⁰ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.* p. 5.

²²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.*

comandos regulatórios, a alocação de valores, sentimentos, deveres, garantias, escolhas e situações muito íntimas dos sujeitos.

Sua correta aplicação se situa na tênue linha que separa a necessária tutela estatal da agressão à privacidade dos indivíduos que pode advir de uma desastrosa atuação excessiva. A priori, como aduzido alhures, com a flexibilização dos filtros da responsabilidade civil é possível deduzir que a teoria da perda de uma chance poderia se dar dentro de qualquer ramo do Direito Civil, inclusive na seara familiarista. A real análise de seu cabimento se deve dar no caso concreto, com a verificação da existência dos requisitos traçados pela doutrina e pela jurisprudência para sua aplicação.

Cristiano Chaves de Farias explica que, no campo das relações patrimoniais e afetivas de família, é possível a prática de certos atos, sejam eles comissivos ou omissivos, que acabem por retirar de alguém oportunidades futuras concretas de se obter situações favoráveis, de conteúdo econômico ou moral, viabilizando o reconhecimento da perda de uma chance.²²²

O autor frisa a necessidade obrigatória de que, para sua correta aplicação ao Direito das Famílias, estejam presentes os pressupostos comuns da responsabilidade civil, quais seja, a conduta, a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Isto porque a reparabilidade da perda de uma chance na seara familiar não foge às condições essenciais ao direito comum, sendo absolutamente necessário que o lesado comprove a perda da vantagem sofrida, indicando as probabilidades sonegadas pela ação do lesante.²²³

Importa dizer, portanto, que somente quando a vítima experimenta um prejuízo necessariamente decorrente de um fato culposo perpetrado por outrem é que pode falar em responsabilização pela perda de uma chance. Ademais, a chance subtraída deve ser séria e real, não podendo constituir-se de esperança ou expectativa remota. Chaves de Farias completa:

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.²²⁴

Somente no caso concreto é possível definir se as chances eram sérias e reais, utilizando-se como referencial para o reconhecimento (ou não) da seriedade das chances futuras o critério da razoabilidade – importante a toda argumentação jurídica e ligado ao bom senso, a

²²² FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.*

²²³ *Ibidem.*

²²⁴ *Ibidem.*

fim de formar um juízo de valor adequado à obtenção de soluções causídicas. Retomando aos ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho, esclarece-se que a indenização pela perda de uma chance depende da comprovação de que versava sobre “*uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetiva condições pessoais de concorrer à situação futura esperada*”.²²⁵

Nesta senda, afasta-se a incidência da responsabilização pela perda de uma chance se a probabilidade de se obter um resultado favorável, frustrado pela ação de terceiro, não é razoável; se, e somente se, a probabilidade é representativa será possível apoiar a incidência da tese. É preciso, também, apontar a correlação entre o ato ilícito praticado e a subtração da oportunidade, isto é, o nexo causal entre fato lesivo e dano, de modo de um decorra do outro.²²⁶

Desta forma, afasta-se o caráter imaginário da teoria da perda de uma chance, evita-se a violação ao princípio da proibição do enriquecimento sem causa e faz-se a correta aplicação da tese no Direito das Famílias.

3.3 HIPÓTESES DE APLICAÇÃO

Para melhor compreensão da recepção da perda de uma chance pelo Direito das Famílias, importante analisar hipóteses em que a teoria poderia ser aplicada e suas nuances.

A jurisprudência francesa, pioneira na construção da tese, já admitiu a lesão à vida de relacionamento sexual (*préjudice d'agrément*), também chamado dano sexual, configurado pela frustração de um cônjuge com a perda da capacidade sexual do outro convivente, além do dano moral e/ou material devido ao prejudicado. Segundo Chaves de Farias, os contornos da indenização são muito próximos da perda de uma chance.²²⁷

No âmbito filiatório é possível imaginar o caso de uma mãe que não informa gravidez e posterior nascimento ao pai da criança, impedindo a convivência paterno-filial e todos os efeitos dela advindos. Poder-se-ia falar na **perda de uma chance de convívio familiar por ocultação da gravidez**, lesiva tanto do pai quanto do filho, causando danos à integridade psíquica de ambos tamanha a importância do estabelecimento de relações familiares sólidas.

A situação se intensifica quando a criança estabelece vínculo parental com outro homem, porquanto é entendimento pacífico na jurisprudência e na doutrina que a paternidade socioafetiva prevalece sobre a puramente biológica ou jurídica, dado o status constitucional do

²²⁵ *Apud* Ibidem.

²²⁶ Ibidem.

²²⁷ Ibidem.

princípio da afetividade. Observada a peculiaridade do caso, resta totalmente frustrada a vontade do genitor em assumir a condição de pai, cujo dano é potencializado ao se ver obrigado a ver que a relação afetiva que ele poderia ter com seu filho foi construída com outra pessoa.

Segundo Fernanda Carvalho Leão Barreto:

O dano causado a um genitor que, desejando criar, conviver, educar e devotar amor a um filho vê-se injustamente impedido de fazê-lo é, além de moralmente abominável, claramente ofensivo a alguns importantes valores resguardados pela ordem jurídica. Para um grande - e felizmente, ao que parece cada vez maior – número de homens, a dimensão paterna é uma das mais valiosas da vida, é a que atribui um sentido sublime a existência e resignifica (sic) por vezes, toda trajetória do indivíduo. Está, pois, intimamente ligada aos sentimentos, a integridade psíquica e a dignidade do sujeito.²²⁸

A mãe conhecedora da identidade genética do filho e que deliberadamente oculta a verdade do pai biológico de forma culposa viola o direito de convivência familiar entre eles, garantido em esfera constitucional e pelo art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Já é entendimento doutrinário pacífico que tal direito não é prerrogativa exclusiva dos filhos, mas também dos pais. Neste sentido, quem retira do genitor a chance de desenvolver relação afetiva com seu filho deve responder pela violação do direito de convivência.

Não se pode afirmar, por certo, que a relação com o filho seria satisfatoriamente saudável caso o pai biológico tivesse tido contato com a verdade durante a gravidez, justamente porque a mãe retirou de ambos a oportunidade de construírem a relação paterno-filial. Contudo, o esforço do pai ao descobrir a paternidade pode ser considerado indício robusto de que, se a mãe não tivesse inviabilizado a convivência, “substituindo-o” por outro homem, a probabilidade de desenvolvimento de laços afetivos entre pai e filho seria grande.²²⁹

Vale colacionar, também, a resposta de Pietro Pellegrini ao possível questionamento quanto à convivência do pai com o filho não ser merecedor de tutela jurídica por não ser precisamente reconhecido como direito subjetivo:

Afirmada a natureza necessariamente aberta da normativa, é de máxima importância constatar que a pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder jurídico (potestá), ora como interesse legítimo, ora como direito subjetivo, faculdade, poderes. (...) Não parece fundada, portanto, a opinião de quem nega uma tutela jurídica, ainda na fase patológica, a tais situações porque não qualificáveis como direitos, ou no pressuposto de que elas não representariam interesses substanciais.²³⁰

²²⁸ BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. A responsabilidade civil pela perda de uma chance, sua intersecção com o direito das famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades. In: ALBUQUERQUE, F. S.; EHRHARDT JR., M.; OLIVEIRA, C. A. de (coord.). *Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: Jus Podium, 2010. pp. 391-392.

²²⁹ Ibidem.

²³⁰ *Apud* Ibidem.

Ainda que o pai biológico conseguisse retomar o contato com a criança, a situação leva a crer que o genitor nunca atuará efetivamente como pai, em razão do estabelecimento de paternidade socioafetiva com outro homem. Toda a construção da figura paterna se deu em torno de outro, dificultando ao filho, já em idade mais “avançada”, vincular-se a uma nova paternidade. A perda da chance se mostra, portanto, definitiva.

A perda de uma chance de convívio familiar pode decorrer, outrossim, de **alienação parental**. Não é raro casais terminarem a relação afetiva que mantiveram por determinado tempo e, restando mágoa, decepção ou raiva, um dos ex-parceiros usar o filho para agredir o outro.

A prática pode causar duas ordens de danos, a depender do contexto: se já estabelecido o vínculo afetivo entre genitor e prole, a conduta maliciosa de outrem pode impossibilitar a continuidade do afeto e interromper o convívio saudável que possuíam; caso a alienação parental comece em tenra idade da criança, antes da solidificação dos vínculos, resta impossibilitada a própria construção da afetividade.

A alegação de que a reparação da chance perdida não resgataria ao genitor a oportunidade de tornar-se um pai ou retomar a convivência saudável com o filho não merece guarida. Este argumento é erroneamente invocado pelos defensores da impossibilidade de reparação dos danos morais e há muito já foi vencido – a impossibilidade de retornar à situação subjetiva imaterial anterior ao ato lesivo não impede a sua recomposição.²³¹

Carvalho Neto compartilha do entendimento de que a criança também é parte legítima para obter indenização da mãe, considerando que sofre os prejuízos da ausência da companhia paterna e frustração da chance de algum dia tê-la.²³²

Chaves de Farias ainda ventila a aplicação da teoria no caso de a mulher **provocar um aborto sem a informação ou consentimento do genitor**, impedindo a concretização da paternidade.²³³ Neste caso, por ação da mulher, o homem perde a oportunidade de ser pai e, futuramente, conviver com o filho que sequer chegou a nascer.

Atualmente, é possível, ainda, que casais inaptos a gerar filhos recorram a técnica de reprodução assistida e gestação de substituição, na qual o material genético dos futuros pais, após inseminação, é implantado no útero de uma outra mulher. Um aborto provocado pela

²³¹ Ibidem.

²³² CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade Civil*: Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

²³³ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.*

grávida substituta também resultaria, teoricamente, na **perda de uma chance de parentalidade** entre o casal que tiver recorrido a esta forma de gestação e a criança abortada.

A discussão, em ambos os casos de aborto, é bastante delicada, pois os valores postos em cheque são muito caros. De um lado, encontra-se a justa expectativa do homem ou do casal de tornarem-se pais; de outro, a garantia de escolha e de poder que a mulher tem sobre o seu próprio corpo (que, inclusive, é o principal argumento para defesa da descriminalização do aborto no Brasil).²³⁴

De qualquer forma, considerando-se apenas o tecnicismo jurídico nas duas situações de perda de uma chance em decorrência da provocação de aborto, parece mais clara a aplicação da teoria quando há o contrato entre o casal e a mulher que “empresta” seu ventre para gestação, porquanto frustrada a expectativa daqueles de gerarem descendentes – ainda que uma leitura atécnica e puramente moral e empática do caso aponte a impossibilidade de responsabilização da mulher por desistir da gravidez.

Fala-se, também, na **perda de uma chance de obtenção de alimentos futuros**, que ocorre quando a pessoa que poderia ser responsável pelo sustento da família é vítima de um ato ilícito que o torna incapaz de cumprir tal função, seja por morte ou incapacidade laboral. A título de exemplificação, basta pensar no caso da morte, causada por ação culposa de outrem, do único filho de um casal humilde que investia todos os seus recursos em sua educação para que ele fosse bem-sucedido.

A reparação civil estaria fundada na premissa de que, no futuro, quando estivesse trabalhando, o filho prestaria assistência financeira aos pais. Contudo, sua morte, causada pelo ato ilícito de terceiro, retirou dos pais as chances que tinham de terem seu sustento garantido.

Barreto entende ser este o exemplo mais marcante da perda de uma chance tutelada pela responsabilidade civil familiarista, senão vejamos:

Nota-se que não se trata do prejuízo pela perda, em virtude da morte de quem prestava alimentos, de verba alimentar já arbitrada judicialmente ou mesmo paga consensualmente, mas da subtração da oportunidade de futuramente obter alimentos, caso houvesse necessidade do alimentando de recebê-los e possibilidade do alimentante de prestá-los.²³⁵

Atualmente, contudo, sua reparação é dificilmente admitida, devido à dificuldade na prova de que o descendente morto teria condições de prestar assistência financeira aos pais.

²³⁴ Frise-se que não é pretensão desta monografia adentrar na polêmica da descriminalização do aborto, inegavelmente relevante no contexto social em que vivemos, mas faz-se necessário ventilar tal hipótese para analisar a perda de uma chance na seara familiar.

²³⁵ BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. *Op. cit.*

A chance é remota e foge aos elementos essenciais para sua consolidação como oportunidade perdida indenizável.

Não obstante, as indenizações a este título serão concedidas se o alimentando não tiver meios de prover o próprio sustento e se houvesse grande probabilidade de o alimentante prestar auxílios aos seus genitores, preenchendo os requisitos de chance séria e real.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou neste sentido, de forma favorável, no caso de filho cuja mãe faleceu pouco antes de ser nomeada para tomar posse em vaga de concurso que garantiria seu sustento. *In verbis*:

EMENTA: 1. A obrigação de indenizar, na espécie, está assentada em fatos e provas, aspectos estes que não podem ser revistos na via estreita do especial, consoante Súmula 07 desta Corte. 2. A Corte de origem, a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, conclui que a vítima só não tomou posse no concurso para qual foi nomeada, justamente porque veio a falecer, por culpa do ora agravante. 3. Há de ser referendada a compreensão no sentido de que: "A probabilidade de que determinado evento aconteceria ou não aconteceria, não fosse o ato de outrem, deve ser séria, plausível, verossímil, razoável. E, no caso concreto, a chance de que a vítima destinaria ao filho menor parcela de seus ganhos é bastante razoável, e isso é suficiente para gerar a obrigação de reparar a perda". 4. Nesse contexto, não merece acolhida a tese de que o filho possuía apenas expectativa de direito a receber percentual dos rendimentos líquidos da mãe. 5. É firme o entendimento de que o termo final da pensão devida ao filho menor em decorrência da morte do pai, seja a idade em que os beneficiários completem vinte e cinco anos de idade, quando se presume terem concluído sua formação, incluindo-se a universidade. 6. Agravo regimental não provido.²³⁶

Inegável a configuração da chance perdida, tendo em vista que, mesmo que o filho ainda não fosse beneficiário dos rendimentos da mãe, as chances de que isso aconteceria eram grandes e foram obstadas pelo ato ilícito do réu da ação de indenização.

Não se pode deixar de aventar a possibilidade de **perda de uma chance decorrente do término de relação amorosa** quando, por exemplo, um ex-cônjuge, ex-companheiro ou até mesmo ex-namorado requer indenização pelo término da relação amorosa. Nestes casos, comuns o demandante alegar que se submeteu a sacrifícios em prol do relacionamento, abdicando de sua carreira, negando oportunidades profissionais, recusando promoções para ocupar cargos mais elevados no emprego, dentre outras chances de alcançar resultado vantajoso no futuro.

A doutrina, via de regra, se mostra contrária à adoção da tese neste caso. Chaves de Farias é direto:

(...) 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

²³⁶ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1222132/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2009.

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.²³⁷

As peculiaridades do vínculo não admitem a incidência pura e simples das regras de responsabilidade civil. Exige-se uma filtragem, sob pena de desvirtuar a natureza existencial do Direito das Famílias. Por isso, a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara familiar depende da decorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado. O término de um relacionamento, isoladamente, não é suficiente para causar dano e gerar possibilidade de reparação pecuniária.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já se pronunciou a respeito da perda de uma chance no rompimento de relacionamento, refutando os argumentos de oportunidades profissionais perdidas. É o que se confere em trechos de dois julgados, abaixo transcritos:

Sequer cogite-se do nexo de causalidade existente entre as frustrações profissionais do requerente e a atuação do requerido. Conforme confessado, o recorrente é pessoa capacitada, poliglota, atuante na área de turismo, plenamente capaz de tomar suas próprias decisões, não podendo querer responsabilizar o recorrido pelos contratos de trabalho que deixou de cumprir ou de pactuar. Conclui-se que, inexistindo vínculo entre o comportamento do apelado e o evento que se pretende ver ressarcido, inviável a responsabilização, nos termos em que pleiteada.²³⁸

A autora, ora apelante, ajuizou a demanda objetivando a reparação por danos morais alegando que manteve união estável com o requerido e ele a impediu de trabalhar e de constituir família. Além disso, alegou a perda de uma chance, pois o requerido prometeu se casar com ela, dando-lhe assistência financeira, mas isso foi rompido pelo seu súbito falecimento.

(...) Ora, o requerido não tinha poderes sobre as escolhas da autora e se ela deixou de fazer algo, foi por sua própria conveniência, de modo que ele não poderia ter-lhe causado os danos alegados. Além disso, a alegação quanto à perda de uma chance não passa de mera cogitação e, ainda que verdadeira a alegação, ela também não importaria na configuração de danos morais.²³⁹

²³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.*

²³⁸ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0001597-41.2013.8.26.0004, julgada em 10 de março de 2015. Relator o Des. Álvaro Passos.

²³⁹ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0063328-75.2012.8.26.0100, julgada em 18 de março de 2015. Relator o Des. Cesar Luiz de Almeida.

Em ambos os casos, a Corte Paulista afastou a responsabilidade civil por inexistir nexo de causalidade entre a decisão de romper o vínculo afetivo – casamento, união estável ou namoro – e o dano alegado, porquanto presume-se que as pessoas sejam capazes de tomar suas próprias decisões, tornando a submissão entre parceiros cada vez mais raras nas relações modernas. Quem faz escolhas conscientes visando a fortalecer o vínculo com seu parceiro e a permanecer em um relacionamento deve assumir os riscos delas decorrentes, inclusive o de ver acabado o afeto ao qual tanto se dedicou. A atitude de quem não quer mais fazer parte da relação em nada se relaciona com as oportunidades das quais o outro abriu mão.

Decidir por fim a uma relação não é, por si só, uma conduta ilícita, tampouco configura abuso de direito. É direito potestativo e, por isso, não se pode sequer falar em culpa *latu sensu* do agente. Neste sentido:

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 casado²⁴⁰ – constitui a simples projeção da garantia de liberdade de autodeterminação (afetiva), sendo ato de livre escolha, razão pela qual a simples ruptura de sponsais 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”.

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 inócuo 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 sponsalícias’ 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”.²⁴⁰

A perda de uma chance por ruptura de relação afetiva não pode ser qualificada como séria e real, sendo apenas uma mera esperança subjetiva da parte que se sentiu violada. Sendo assim, a teoria da perda de uma chance pode ser aplicada no Direito das Famílias, desde que,

²⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.*

em consonância com a Constituição Federal, sejam reparados os danos que ferem a dignidade da pessoa humana, observados os limites que resguardam a privacidade e liberdade do indivíduo.

3.4 LIMITES À RESPONSABILIDADE CIVIL NA ESFERA FAMILIAR: O ABANDONO AFETIVO E A MONETARIZAÇÃO DO AFETO

Seguindo a linha do subtítulo anterior e traçando hipóteses de aplicação da teoria sob estudo, poder-se-ia falar na **perda de uma chance por abandono afetivo** praticado por um dos genitores em relação ao filho. O debate é polêmico e a pretensão de reparação pecuniária pelo dano extrapatrimonial decorrente de desamparo afetivo ainda sofre resistência por parte de alguns juristas brasileiros.

A vertente não permissiva prega que o afeto deve ser espontâneo e decorrer naturalmente da convivência familiar, isto é, não se pode cobrar ou impor o sentimento, de forma que a reparação pecuniária causaria, tão somente, a monetarização e imposição do amor.

Danielle Alheiros Diniz questiona: “*como podem agora querer que a afetividade seja imposta a pais e filhos (ou quem sabe num futuro próximo queiram impô-la também a irmãos) fundando-se apenas no vínculo sanguíneo que os ligam?*”²⁴¹.

Na mesma linha de raciocínio, Lizete Schuh explica que indenizar representa um caráter meramente punitivo, reafirmando a mercantilização das relações afetivas. Em suas palavras:

É dificultoso cogitar-se a possibilidade de determinada pessoa postular amor em juízo, visto que a capacidade de dar e de receber carinho faz parte do íntimo do ser humano, necessitando apenas de oportunidades para que aflore um sentimento que já lhe faz parte, não podendo o amor, em que pese tais conceitos, sofrer alterações histórico-culturais, ser criado ou concedido pelo Poder Judiciário.²⁴²

Aponta-se, também, que a propositura de ação visando a reparação civil abalaria ainda mais a relação familiar, prejudicando a convivência. Neste sentido, ensina Bernardo Castelo Branco:

²⁴¹ DINIZ, Danielle Alheiros. *A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo*. In: Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 14, n. 2184, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12987>>. Acesso em 15 de junho de 2018.

²⁴² SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 35, abril/maio 2006, p. 75.

(...) a particularidade que cerca a relação paterno-filial, eis que fundada essencialmente na afetividade entre os sujeitos que dela participam, não permite a aplicação integral dos princípios que regem a responsabilidade civil. Logo, mesmo no campo específico do dano moral, cabe aferir em que medida o comportamento adotado foi capaz de romper os eventuais laços de afeto entre pais e filhos, uma vez que a admissibilidade da reparação não pode servir de estopim a provocar a desagregação da família ou o desfazimento dos vínculos que devem existir entre os sujeitos daquela relação.²⁴³

Wesley Louzada Bernardo também defende que a litigância entre pais e filhos com finalidade pecuniária não é a melhor forma de (re)estabelecer o vínculo afetivo. Ou seja, a reparação civil não minoraria os conflitos, mas, ao contrário, geraria mais danos à personalidade em formação, já que um relacionamento fundado no paradigma “ame ou pague” não tem qualquer chance de sucesso.²⁴⁴

Parte da doutrina aponta que o descumprimento de deveres de cuidado deve acarretar sanções apenas no campo familiarista, como, por exemplo, com a destituição do poder familiar. Assim, Renan Kfuri Lopes aduz que “*a violação aos deveres familiares gera apenas as sanções no âmbito do direito de família, refletindo, evidentemente, no íntimo afetivo e psicológico da relação*”²⁴⁵.

Por outro lado, a corrente permissiva é cada vez mais crescente no país. Com norte nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da proteção integral da criança e do adolescente, esta corrente entende que é possível a reparação civil pela chance de convivência familiar que o filho perde ao se ver moralmente abandonado por um ou ambos os genitores.

Maria Berenice Dias²⁴⁶ explica que a legislação obriga e gera responsabilidade aos pais no que diz respeito aos cuidados com os filhos. O abandono moral, caracterizado pela ausência destes cuidados, viola a integridade psicológica da prole e o princípio da solidariedade familiar, que são protegidos pela Constituição. Este tipo de violação concebe o dano moral e quem causa lesão injusta é obrigado a indenizar. Assim a autora argumenta o seu posicionamento:

²⁴³ BRANCO, Bernardo Castelo. Dano moral no Direito de Família. São Paulo: Método, 2006, p. 117-118.

²⁴⁴ BERNARDO, Wesley Louzada. *Dano moral por abandono afetivo*: uma nova espécie de dano indenizável? In: Diálogos sobre direito civil. Organizado por Gustavo Tepedino e Luis Edson Fachin. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 475-500.

²⁴⁵ LOPES, Renan Kfuri. Panorama da responsabilidade civil. In: *Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas*. São Paulo: COAD, nov, 2006, p. 54.

²⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 408.

O conceito atual de família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade, como atribuição do exercício do poder familiar. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Não mais se podendo ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas direito do filho. Com isso, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e reflexos no seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.²⁴⁷

Rui Stoco assevera que a carência que pode levar à responsabilidade civil é a moral, e não a material, como a decorrente da não prestação de alimentos, porque esta hipótese pode facilmente ser resolvida em outro plano. Assim, a causa relevante e colocada em vista é o abandono afetivo, caracterizado pelo distanciamento físico e omissão sentimental, pela negação de carinho, de atenção, de amor e de consideração, por meio do distanciamento, desinteresse, desprezo e falta de apoio ou, ainda, pela completa ausência de relacionamento entre o genitor e o filho. Para o autor, valendo-se da cláusula aberta do inciso X do art. 5º da Constituição Federal, faz-se possível pleitear a concessão de dano moral.²⁴⁸

Segundo Rolf Madaleno, a criação de inegáveis deficiências afetivas, traumas e agravos morais à criança e ao adolescente no seio da família deve gerar o direito à integral compensação do dano moral sofrido pela negativa paterna do direito que a prole tem à convivência e referências parentais. Isto porque a privação do descendente de um espelho que deveria seguir e amar acarreta lesões que se acentuam no desenvolvimento mental, físico e social do filho, que amarga o injusto repúdio público que lhe fez o pai.²⁴⁹

Filia-se a esta vertente, também, Felipe Cunha de Almeida, defendendo que aquele que abandona o filho e não presta a devida observância aos direitos e princípios garantidos constitucionalmente deve receber a devida sanção, não apenas devido ao ato ilícito em si, mas principalmente em função da repercussão que o abandono possa ter para a vítima. Não se pretende obrigar ao afeto; há, em verdade, obrigação de cumprir os deveres de cuidado, assistência e educação da prole.²⁵⁰

²⁴⁷ Ibidem, p. 407.

²⁴⁸ STOCO, Rui. *Op. cit.*

²⁴⁹ MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, p. 384.

²⁵⁰ ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Responsabilidade civil no direito de família – angústias e aflições nas relações familiares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 74.

Fernando José Simão aduz que é inadmissível a confusão entre afeto e outros conceitos, como amor, carinho, respeito e consideração²⁵¹. Ele aponta que, exatamente por misturar tais categorias, o Superior Tribunal de Justiça afastou, em 2005, a indenização por abandono afetivo. Não obstante, em 2012, ao analisar caso nesta seara, a Ministra Nancy Andrighi foi bastante didática ao diferenciar o abandono afetivo, lesão que enseja a reparação civil, do simples abandono amoroso:

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, **amar é faculdade, cuidar é dever**.²⁵²

Assim, o descumprimento dessa imposição legal imposta pelos incisos I e II do art. 1.634 do Código Civil configura ilícito civil sob a forma de omissão, de *non facere*.

A doutrina caminha para o reconhecimento do abandono afetivo como dano extrapatrimonial indenizável, mas não deixa de apontar algumas colocações válidas para uma melhor análise da questão, notadamente no que diz respeito à monetarização do afeto.

De um lado, é preciso repensar os direitos e deveres do indivíduo, posto que o âmbito familiar passa a ser permeado pelo afeto em detrimento da patrimonialização e patriarcalização das relações. De outro, o avanço moral não pode se mostrar instrumento desfavorável às relações familiares sob o argumento de apenas penalizar o pai negligente, levando à completa impossibilidade de restabelecer o vínculo.²⁵³

Alexandre Moraes da Rosa tece sua crítica à monetarização do afeto:

Tem valor porque se vende. Este axioma neoliberal precisa ser marcado. O amor acaba se transformando em mais uma mercadoria a ser negociada no mundo capitalista. O

²⁵¹ SIMÃO, José Fernando. *O afeto em xeque e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-12/processo-familiar-superior-tribunal-justica-afeto-valor-juridico2>>. Acesso em 24 de junho de 2018.

²⁵² Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.159.242 – SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 24 de abril de 2012. Publicado em 10 de maio de 2012. Grifo nosso.

²⁵³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em 12 de junho de 2018.

quantum de dinheiro indicará o valor da sua mercadoria. O amor apesar de não poder ter a quantificação de uma mercadoria de uso, isto é, quantificável, acaba pelas contingências de um mercado, sendo qualificado e tarifado, isto é, entificado pelo discurso econômico. A consequência lógica é a estipulação objetiva da obrigação, e sua quitação. Paga-se para não se relacionar, para se manter a distância.²⁵⁴

Wesley Louzada Bernardo aduz que, na maioria dos casos, é visível a dor e o sofrimento dos filhos que sofrem com o abandono, mas o que realmente desejam é conviver com seus pais, e não uma indenização em dinheiro. Assim, a monetarização do dano traria duas consequências não desejadas: serviria como vingança, adotando função de *punitive damages* por descumprimento de deveres parentais, com caráter apenas compensatório e punitivo, e dificultaria a retomada ou estabelecimento da relação entre pai e filho.²⁵⁵

Giselda Hironaka aponta que o risco de o abandono afetivo tornar-se o cerne de uma indústria indenizatória do afeto realmente existe, mas pode ser evitado pelo Poder Judiciário. É essencial investigar os fatores envolvidos em cada caso concreto, com o fulcro de verificar-se a presença de danos causados ao filho pela negligência do pai. O perigo da banalização da indenização está situado na falta de compreensão acerca do verdadeiro substrato de cada pedido judicial e do real significado de abandono afetivo. Por isso, as decisões inovadoras e o paradigma criado pelo Superior Tribunal de Justiça poderiam, infelizmente, abrir precedentes nefastos se os seus fundamentos forem utilizados meramente para a monetarização da afetividade.²⁵⁶

A autora não deixa, porém, de militar em favor da teoria, fazendo a seguinte ressalva:

Contudo, o perigo da banalização não deve fazer com que se perca de vista o verdadeiro e importante papel dos juízes, em casos como esses, que corresponde exatamente à sua função de agentes transformadores dos valores jurídicos, de molde a adequar o Direito aplicado aos paradigmas da atualidade. No que diz respeito aos advogados, urge alertar-se para a necessidade de que façam – sempre e cuidadosamente – uma séria e profunda análise ética das circunstâncias de cada caso, a fim de verificar-se a efetiva presença de danos causados ao filho pelo abandono afetivo paterno – ou materno, se for o caso – antes da propositura de tais ações. Porém – mais importante que tudo – a verdade é que o medo da banalização certamente não pode transformar-se em mais um dos gigantescos empecilhos que nos têm cegado na

²⁵⁴ *Apud* MADALENO, Rafael. A responsabilidade civil pela ausência ou negligência nas visitas. In: *Responsabilidade civil no direito de família*. Coordenado por Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 358-378.

²⁵⁵ BERNARDO, Wesley Louzada. *Op. cit.*

²⁵⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. In: *A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigma*. Coordenado por Giselda Hironaka. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 446-472.

compreensão daquilo que verdadeiramente consideramos como nobre e essencial nessa conquista jurisprudencial tão significativamente corajosa e inovadora.²⁵⁷

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, a reparação civil supera o caráter meramente punitivo e atinge um viés pedagógico e preventivo, na medida em que freia a causação de dano àquele que não escolheu nascer. A compensação da lesão visa ao restabelecimento do *status quo ante*, mas diante da impossibilidade de fazê-lo em caso de abandono afetivo, o pagamento de indenização se impõe em quantia equivalente ao valor compensatório do direito ofendido.²⁵⁸

Maria Berenice Dias compartilha deste posicionamento e reconhece que indenizar a perda da chance de possuir pleno convívio familiar em decorrência de abandono afetivo tem caráter pedagógico, porquanto desperta a atenção para o significado do laço paterno-filial. A necessidade afetiva é bem juridicamente tutelado, pois reconhecido o teor constitucional e principiológico do afeto; destarte, a indenização serve de instrumento à concretização de um Direito das Famílias mais próximo da realidade contemporânea. Óbvio que manter um relacionamento baseado apenas no medo de ser civilmente responsabilizado pelo descumprimento dos deveres de cuidado não é a forma mais correta de se estabelecer o vínculo afetivo, mas ainda assim é melhor que gerar no filho o sentimento de abandono. Se os pais não conseguem entender as necessidades afetivas da prole, forçoso que o Estado imponha esta obrigação e reafirme que o afeto tem valor elevado na configuração familiar.²⁵⁹

Não diferente é a opinião de Rolf Madaleno:

(...) embora possa ser até dito que não há como o Judiciário obrigar a amar, também deve ser considerado que o Judiciário não pode se omitir de tentar, buscando de uma vez por todas acabar com essa cultura de impunidade que grassa no sistema jurídico brasileiro (...). A condenação de hoje pelo dano moral causado no passado tem imensurável valor propedêutico para evitar ou arrefecer o abandono afetivo do futuro, não mais pela ótica do amor que foi omitido, mas (...) pelo dever jurídico de cuidar, para que os filhos sejam postos a salvo de toda a forma de negligência e para que os pais irresponsáveis pensem duas vezes antes de usar seus filhos como instrumento de vingança de suas frustrações amorosas.²⁶⁰

Anderson Schreiber lembra que, mesmo após o litígio e a fixação de indenização, o vínculo de parentesco continua a existir, pois o dano não extingue a relação entre o autor e o réu – pelo contrário, o sofrimento pode ser prolongado com a deflagração de novas lesões. O ilícito parece ser compensado temporariamente, delimitado por uma exigência técnico-jurídica

²⁵⁷ Ibidem.

²⁵⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: *Responsabilidade civil no direito de família*. Coordenado por Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 399-410.

²⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, pp. 408-409.

²⁶⁰ MADALENO, Rolf. *Op. cit.*, pp. 384-385.

de reduzir o dano a uma quantia em dinheiro, quando, em verdade, os danos são observados ao longo de toda a relação familiar e a reparação deveria ser igualmente duradoura.²⁶¹

Para o autor, o Judiciário poderia exercer uma função efetivamente pedagógica, desestimulando a conduta lesiva e especificando deveres de conduta, de modo a estimular a verdadeira reparação do dano sofrido por meio da reconstrução da convivência familiar. Em vez de indenizar a chance, cria-se meios para que a chance seja concretizada. Ele exemplifica:

Muito melhor seria que – ao lado da indenização pecuniária ou, a depender das circunstâncias do caso, até em substituição a essa indenização – o magistrado condenasse o pai omissor a adotar certas condutas específicas (*facere*) como modo de evitar novas violações dos seus deveres parentais. Por exemplo, a partir da análise das omissões perpetradas pelo pai omissor no caso concreto, a corte judicial poderia condená-lo, por exemplo (*sic*), a frequentar, no mínimo, três quartos das reuniões de pais na escola, a participar das festas de dia dos pais ou mesmo a passar um maior número de dias com o filho. O que a vítima do chamado abandono afetivo pretende – ou deveria pretender – não é dinheiro, mas sim o efetivo cumprimento dos deveres parentais. Não há, portanto, qualquer razão para se deixar de conceder, nessas hipóteses, uma *tutela específica*, que entregue à vítima o resultado do dever primário, a exemplo do que já acontece em tantos outros campos.²⁶²

A monetarização do dano deveria assumir papel subsidiário, levando à real despatrimonialização do Direito das Famílias. O ideal seria romper a construção da visão capitalista da reparação civil e pôr fim ao primado exclusivo da reparação pecuniária, oferecendo-se outros remédios e evidenciando que a função da Responsabilidade Civil é a compensação do dano sofrido, e não, necessariamente, o pagamento de certa quantia em dinheiro ao lesado. Mostra-se mais adequado, nesta senda, a reparação *in natura*.²⁶³

Laura Maciel Freire de Azevedo coaduna com tal pensamento e também aponta uma alternativa para a simples monetarização do afeto. A autora sugere que, nas situações de abandono afetivo, o magistrado analise, inicialmente, a possibilidade de convivência entre pai e filho, viabilizando o estabelecimento de um laço afetivo. É razoável que se procure, a priori, sanar a deficiência no cumprimento dos deveres parentais antes de oferecer uma quantia em dinheiro. Não se trataria, ademais, da imposição do amor, mas sim do oferecimento de subsídios para o surgimento ou restabelecimento do afeto.²⁶⁴

Deve ser analisada a viabilidade de compor ou recompor o laço de afeto e, para tanto, imprescindível buscar uma solução no próprio Direito das Famílias, sugerindo, por

²⁶¹ Ibidem.

²⁶² Ibidem.

²⁶³ Ibidem.

²⁶⁴ AZEVEDO, Laura Maciel Freire de. Abandono afetivo: do foco do problema a uma terceira solução. In: *Revista da ESMAPE*. Volume 14, nº 30, jul/dez 2009.

exemplo, o direito de convivência. Deste modo, os institutos da Responsabilidade Civil seriam a última opção, utilizados apenas na impossibilidade voluntária de estabelecimento do vínculo afetivo e agravação dos danos morais à prole.

Como espetacularmente assinalado por Giselda Hironaka, a aplicação da responsabilidade civil na seara familiar – e, por conseguinte, aos casos de perda da chance de convivência familiar decorrente de abandono afetivo – deve ser feita com parcimônia e bom senso, de modo a não transformar a ciência jurídica em “*altar de vaidades e vinganças ou da busca de lucro fácil*”. Somente assim o Direito das Famílias será trazido para um contexto mais coerente com a modernidade, desempenhando verdadeiro papel pedagógico e trazendo reflexão ao seio das relações familiares.²⁶⁵

²⁶⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Op. cit.*

CONCLUSÃO

Como consequência da série de transformações ocorrida nas sociedades ao longo da história, a promulgação da Carta Magna de 1988 trouxe uma nova leitura aos institutos de Direito Civil, sob a égide da democracia, da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Abre-se espaço para a interdisciplinaridade entre a Responsabilidade Civil e o Direito das Famílias. A Responsabilidade, que outrora se prestava tão somente à reparação dos danos patrimoniais e tinha caráter punitivo, hoje abarca também a compensação dos danos morais e aparece de forma mais subjetiva, centrada na recuperação da vítima, de modo a abranger toda a existencialidade do indivíduo e protege-la. Do mesmo modo, superando o modelo estritamente patriarcal, biológico, matrimonial e patrimonializado, o Direito das Famílias adquire um novo olhar aos aspectos psicológicos do ser humano.

Reconhecido o processo de constitucionalização das relações privadas, os institutos de responsabilidade civil são definidos e compreendidos com o conteúdo determinado pelo acolhimento de garantias constitucionais. Assim, antigas verdades absolutas como os conceitos de dano e de nexo de causalidade sofrem certa flexibilização, superando o dualismo rígido entre dano material e dano moral direto, propondo-se a reparar também os danos intangíveis e expectativas.

A mitigação dos contornos clássicos da responsabilidade civil faz reconhecer o aparecimento de novos danos, que não escapam à seara familiar, ensejando a proteção do Estado. Neste intercâmbio surge a discussão quanto à aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no direito familiarista, nos casos de perda de oportunidade de se obter vantagem futura ou de evitar prejuízo no seio da entidade familiar.

Originada do Direito Francês e com importantes traços das doutrinas britânica e italiana, a teoria da perda de uma chance é acolhida pelo direito pátrio exatamente por causa da nova tendência da responsabilidade civil de ampliar os danos ressarcíveis e do mandamento constitucional de proteção integral aos interesses jurídicos da pessoa humana. É reflexo da evolução da ciência jurídica, pois enfrentamos situações imprevisíveis o tempo todo e é incabível esperar uma vida de certezas.

Não obstante, a utilização da tese no Brasil ainda é recente e controversa, o que contribui para a existência de várias divergências que envolvem o assunto.

A principal consiste em considerar a perda de uma chance como dano autônomo ou não – embate que parece superado, pois o melhor entendimento aponta que a chance deve ser

considerada em si só, independente do possível resultado final. Este servirá de base para indicar a probabilidade de que o evento aconteceria se não fosse a conduta lesiva de terceiro, de modo a aferir se a chance era real e séria, configurando um dano certo e indenizável. Fortalece-se a percepção de que embora o advento da vantagem almejada seja inseguro, a oportunidade de obtê-la é atual, certa e representa um interesse relevante e juridicamente tutelável, cuja violação enseja dever de reparação por interpretação do art. 403 do Código Civil.

Muito se debate, também, a respeito da natureza jurídica da perda de uma chance. Questiona-se se as oportunidades perdidas se tratam de danos patrimoniais (dano emergente, lucro cessante ou uma terceira espécie) ou de danos extrapatrimoniais (danos morais ou uma nova espécie). Analisando-se as decisões jurisprudenciais acerca do tema e ponderando as opiniões da doutrina, resta claro que a sua natureza jurídica será determinada pelo interesse ao qual o processo aleatório interrompido está relacionado. Se a vítima busca vantagem econômica ou pretende evitar prejuízo financeiro, o dano pela perda da chance será patrimonial, adquirindo uma faceta de dano emergente *sui generis*. Se o processo está atrelado a um interesse subjetivo, de cunho moral, o dano será extrapatrimonial.

O caso concreto servirá, também, para a quantificação do dano, que não pode ser pautada tão somente em critérios aritméticos. O julgador deve se ater a todas as circunstâncias e particularidades que afetaram a concretização da vantagem pretendida interrompida pelo evento danoso.

Sob o abrigo do Direito das Famílias, diversas são as hipóteses de ofensa ao patrimônio jurídico dos sujeitos passíveis de configurar o dano pela perda de uma chance. Pode-se falar, de forma genérica, na perda de uma chance de convívio familiar, materializada pela ocultação da gravidez e negativa da mãe de apresentar o filho ao pai, pela alienação parental ou, ainda, pela provocação de aborto sem o conhecimento e consentimento do genitor. A indenização nas duas primeiras hipóteses é aceita e mais pacificada, enquanto a última encontra críticas ferrenhas dos favoráveis à descriminalização do aborto e militantes pelos direitos da mulher à liberdade sexual e ao poder sobre o próprio corpo.

Fala-se, também, na perda de uma chance de obtenção de alimentos futuros, reparação que já foi concedida pelos Tribunais brasileiros em várias oportunidades quando demonstrada a grande probabilidade de o alimentante prestar auxílio futuro ao alimentando incapaz de prover o próprio sustento, fato impedido pela morte daquele ocasionada por terceiro em ato ilícito.

A doutrina critica e rejeita, contudo, a indenização da perda das oportunidades decorrentes de término de relação amorosa. Isto porque o término de um relacionamento, visto

de forma isolada, não é suficiente para causar dano que enseje a reparação pecuniária. Decidir terminar uma relação não é conduta ilícita e, ademais, quem conscientemente escolhe entrar em um relacionamento deve assumir os riscos dele decorrentes, inclusive a possibilidade de que o amor tenha fim.

É preciso tomar cuidado, outrossim, para que não se recorrer à responsabilidade civil em toda e qualquer situação, sob o risco de monetarizar o afeto. Daí a necessidade de avaliar a perda de uma chance no caso de abandono afetivo com bastante sensatez e cautela.

Parte dos doutrinadores defende que o abandono afetivo, quando configurado, é hábil a ensejar a proteção do Poder Judiciário, porquanto a perda da chance de uma convivência familiar saudável e plena pode acarretar consequências danosas à formação moral e psicológica do menor abandonado, diante da ausência de cuidado de um ou ambos os genitores. O princípio da afetividade exige dos pais não uma imposição de que amem os filhos, mas de que cumpram os deveres de cuidados impostos pela Constituição e pelo Código Civil.

De outro lado, há quem aduza que, do mesmo modo que o pai não pode exigir o afeto do filho, o filho não pode exigir o afeto do pai. Para esta corrente, o afeto vai muito além dos deveres de cuidado dispostos na legislação e a obrigação de amar fere a liberdade do indivíduo. Monetarizar o afeto por meio da reparação pecuniária traria mais prejuízos que benefícios.

Na intenção de evitar a pura e simples monetarização do afeto e uma indústria do dano moral, o foco deve partir para a tentativa de se estabelecer um vínculo entre genitor e prole. Neste sentido, a reparação pecuniária deve ser alternativa, priorizando-se a adoção de medidas que visem a retomar a relação paterno-filial e continuidade do amor, como a imposição de visitas e obrigações de fazer, efetivando um caráter pedagógico ao Direito das Famílias.

A discussão sobre a possibilidade de indenização por dano moral e pela perda de uma chance na seara familiarista evidencia a constante evolução tanto do Direito das Famílias quanto da Responsabilidade Civil, que não mais se prendem à interpretação fria do texto da lei e envolvem as tendências contemporâneas. Numa era de relações plurais e de lesões múltiplas, não se pode deixar que a entidade familiar seja um escudo para a reparação de danos causados em seu seio.

Discutir-se a problemática sob uma ótica civil-constitucional possibilita a construção de tantas respostas quantas forem necessárias a cada caso concreto, a cada dinâmica familiar e a cada lesão a bem jurídico, de forma que a tutela dos interesses subjetivos e dos valores intrínsecos ao ser humano observem os princípios que mediam a sociedade moderna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Responsabilidade civil no direito de família – angústias e aflições nas relações familiares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

AMARAL, Ana Cláudia C. Z. M. do. *Responsabilidade civil pela perda da chance – natureza jurídica e quantificação do dano*. Curitiba: Juruá, 2015.

ARIÉS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Traduzido por Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1978.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Conceito de ato ilícito e o abuso de direito*. In: *Responsabilidade civil contemporânea*. Coordenado por Otavio Luiz Rodrigues Junior, Gladston Mamede e Maria Vital da Rocha. São Paulo: Atlas, 2011.

AZEVEDO, Laura Maciel Freire de. Abandono afetivo: do foco do problema a uma terceira solução. In: *Revista da ESMape*. Volume 14, nº 30, jul/dez 2009.

BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. A responsabilidade civil pela perda de uma chance, sua intersecção com o direito das famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades. In: ALBUQUERQUE, F. S.; EHRHARDT JR., M.; OLIVEIRA, C. A. de (coord.). *Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: Jus Podium, 2010.

BERNARDO, Wesley Louzada. Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável? In: *Diálogos sobre direito civil*. Organizado por Gustavo Tepedino e Luis Edson Fachin. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 475-500.

BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no Direito de Família*. São Paulo: Método, 2006, p. 117-118.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano Moral no direito de família*. In: Revista Online Carta Forense. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/dano-moral-no-direito-de-familia/9087>>. Acesso em 12 de junho de 2018.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade Civil*: Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVALERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DE CUPIS, Adriano. *Il danno*. V. I. Milano: Giuffrè Editore, 1979.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev. atual. e ampl. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Danielle Alheiros. *A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo*. In: Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 14, n. 2184, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12987>>. Acesso em 15 de junho de 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Responsabilidade civil do empregador por ato lesivo de empregado na Lei. 10.406/2002*. São Paulo: Revista do Advogado, n. 70, ano XXIII, julho de 2003.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 19 ed. VII São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. Vol. 5. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Coleção “Perspectivas do Homem”. V. 99. Série “Ciências Sociais”. Direção de Moacyr Félix. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

_____. *Curso de direito civil: famílias*. V. 6. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/182.pdf>. Acesso em 24 de junho de 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da língua portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010, p. 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil – a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. In: *A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigma*. Coordenado por Giselda Hironaka. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 446-472.

_____. Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em 12 de junho de 2018.

LOPES, Renan Kfuri. Panorama da responsabilidade civil. In: *Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas*. São Paulo: COAD, nov, 2006.

MADALENO, Rafael. A responsabilidade civil pela ausência ou negligência nas visitas. In: *Responsabilidade civil no direito de família*. Coordenado por Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 358-378.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos morais e relações de família*. In: *Afeto, ética e família e o novo código civil*. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 7: responsabilidade civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 3v.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: *Responsabilidade civil no direito de família*. Coordenado por Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 399-410.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil* – da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Responsabilidade civil e direito de família: a proposta da reparação não pecuniária. In: *Responsabilidade civil no direito de família*. Coordenado por Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 35, abril/maio 2006.

SELLA, Mauro. *La responsabilità civile nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*. Tomo I. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

SILVA, Rafael Pateffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SIMÃO, José Fernando. *O afeto em xeque e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-12/processo-familiar-superior-tribunal-justica-afeto-valor-juridico2>>. Acesso em 24 de junho de 2018.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil* – doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 5. Ed. Ver., atual. E ampl. Rio de Janeiro, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Responsabilidade civil*: noções gerais – responsabilidade objetiva e subjetiva. In: *Responsabilidade civil contemporânea*. Coordenado por Otavio Luiz Rodrigues Junior, Gladston Mamede e Maria Vital da Rocha. São Paulo: Atlas, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil, Direito de Família*, 3ª ed., Vol. 6, São Paulo: Atlas, 2003.

XAVIER, Lucas Bittencourt. *A família brasileira em face da história e do direito*. Revista Científica FAGOC – Jurídica. V. 1. N. 1. 2016. Disponível em <<http://revista.fagoc.br/index.php/juridico/article/view/55>>. Acesso em 12 de junho de 2018.