

APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DA CHANCE NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Eudes Regina Ferreira de Menezes

Advogada Pós-graduada (Lato sensu) em Direito Civil e Processo Civil.
adm.regina@globo.com

RESUMO

Este artigo, fundamentado em uma metodologia exploratória e descritiva, tem como objetivo abordar o exercício do direito de convivência entre pais e filhos que, na maioria das vezes, é mitigado voluntariamente pelo detentor da guarda, quando obsta o direito de visitas do genitor não guardião; trata ainda da possibilidade de aplicação da responsabilidade civil pela perda da chance ao genitor, que impede o outro de exercer a sua autoridade parental, dificultando a ação deste no tocante à assistência integral ao filho, sobretudo no que se refere à assistência afetiva. Acolhida a sua aplicabilidade, o artigo se sustenta pela aplicação da Teoria da Perda da Chance nos casos em que o genitor, agindo culposamente, obstaculiza o outro de estabelecer ou de prosseguir na convivência com seus filhos, cuja relação, por si só, não garante um desenvolvimento sadio, mas cuja chance de desenvolvimento constitui um bem merecedor de tutela.

Palavras-chave: Alienação Parental. Perda da Chance. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

This article, based on an exploratory and descriptive methodology, aims to approach the exercise of the right of acquaintanceship between parents and children, that is often voluntarily mitigated by the custody holder, when prevents the right of visitation of the non-guardian genitor; it also deals with the possibility of application of the civil responsibility for the loss of chance to the genitor, that prevents the other to exercise its parental authority, hindering its action regarding the integral assistance to the child, mostly in relation to the affective assistance. Considering its applicability, the article argues on the application of the Theory of Loss of Chance in cases in which the genitor, acting guiltily, hinders the other from establishing or proceeding an acquaintance with its children, whose the relationship alone does not guarantee a healthy development, but the chance of development constitutes an asset worthy of tutelage.

Key-words: Parental Alienation. Loss of Chance. Liability.

INTRODUÇÃO

A guarda e a educação dos filhos envolvem não somente a escolaridade, mas, principalmente a convivência familiar, o afeto, o amor, o respeito, a dignidade, a participação, a presença constante dos pais no desenvolvimento destes. O direito de convivência entre pais e filhos é garantido pela Carta Magna de 1988 e incumbe à sociedade e ao Estado garantir tal direito. Quando do exercício discricionário da autoridade parental surge um dano, ou seja, quando o genitor guardião abusa deste direito de forma prejudicial, caracteriza-se a alienação parental, a qual tem como foco o filho alienado. Porém, deve-se lembrar que o genitor não guardião também é violentado em sua dignidade como pessoa.

Até hoje, o pai distante tem sofrido severas sanções pelo abandono afetivo dos filhos, mas o mesmo princípio não tem sido aplicado à mãe que obsta o direito da criança de conviver com o pai. Impedir uma criança de conviver com o outro genitor é tão prejudicial e tão grave quanto o abandono, cuja conduta deve ser contida pela justiça, penalizando, duramente a mãe/pai que pratica esse tipo de negligência, sem uma razão que o justifique, começando por uma reparação por dano moral até uma possível inversão de guarda, como ocorre em outros países com o genitor guardião que obstaculiza o filho do convívio com o outro.

É nesse aspecto que consiste a gravidade da negligência materna que, violando o princípio da proteção integral da criança instituído no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e assegurado pela Lei Magna, viola o direito do menor à convivência familiar, cabendo uma justa compensação por dano moral e, em alguns casos, a inversão da guarda.

Nesse sentido, este artigo, a partir de uma metodologia exploratória e descritiva, versa sobre o exercício do direito de convivência entre pais e filhos que, às vezes, é mitigado voluntariamente pelo detentor da guarda, quando impede o genitor não guardião de conviver com o filho; trata ainda da possibilidade de aplicação da responsabilidade civil pela perda da chance ao genitor que obsta o outro de exercer a sua autoridade parental, dificultando que este preste a assistência integral ao filho, sobretudo, a assistência afetiva.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DA CHANCE NO DIREITO DE FAMÍLIA

Alguns pesquisadores entendem que o papel social desempenhado pela atual família é o de palco de amor, de intimidade e da vida privada, qual seja o de verdadeiro *locus* do sagrado, antes encarnado na ideia de Divindade, nação e pátria. É a volta de um humanismo radicado na noção de família do afeto. Para Ferry (2008, p.21) “a história da família moderna, fundada no sentimento, vai nos mostrar que a única causa que vale a pena, afinal, é a da pessoa”. Cumpre, assim, questionar se, dentro do aspecto jurídico dessa família plural, igualitária, democrática e afetiva, caberia a aplicação da teoria pela perda de uma chance. O pressuposto que funda esse esclarecimento é o de que o Direito das Famílias tem atributos inerentes a uma série de regras que relaciona, na sua função regulatória, o cerne de alocação de valores, sentimentos, poderes, deveres e circunstâncias muito pessoais dos sujeitos. Logo, concentra sua tarefa na linha tênue entre a imprescindível tutela estatal e a desprezível violação ao íntimo do ser que pode advir de sua desastrosa atuação (PEREIRA, 2004).

A resposta que se atribui à questão aqui proposta é a do “vai depender”. Genericamente, é possível inferir que a aplicação da teoria pela perda da chance poderia, em princípio, ocorrer dentro de qualquer ramo do ordenamento jurídico. O que norteará a análise dessa aplicação é a constatação, nas situações fáticas que se apresentam ao magistrado, da existência dos requisitos delineados pela doutrina e pela jurisprudência (SILVA, 2009).

Ensina Farias (2013, p.89) que:

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

O exemplo mais claro, acerca da indenização da vítima pela perda da chance séria e real, de obtenção de uma vantagem tutelada pelo Direito das Famílias, é o do dano injusto sofrido por quem perde a possibilidade de obter alimentos futuros devido a morte de quem era, juridicamente, o alimentante (SILVA, 2009). Cabe registrar que não é o prejuízo pela perda, devido a morte de quem prestava alimentos, de *quantum* alimentar determinado em juízo ou mesmo paga consensualmente, porém da subtração da chance de, no futuro obter alimentos, caso existisse necessidade do alimentando de recebê-los e possibilidade do alimentante de prestá-los.

Cumprido, porém, observar que o risco mais grave representado pela aplicação, no Direito das Famílias, da teoria da perda da chance diz respeito à possibilidade do mau uso, ou seja, colocá-la em prol de indenizações oriundas da negação ou da cessação do afeto. No centro de uma discussão entre jurisprudência e doutrina familiaristas, vigora hoje, o problema da **violação do afeto** (grifo nosso). Todavia este não é o foco deste estudo.

Adotando-se, aqui, não a afetividade como princípio constitucional (LÔBO, 2008), segue-se o entendimento dos que defendem a impossibilidade de reparação pela simples ruptura das relações afetivas, conforme posicionou-se o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no sentido de que abandono afetivo, por si só, não enseja indenização por danos morais:

APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. AUSÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. O abandono afetivo do pai em relação aos filhos, ainda que moralmente reprovável, não gera dever de indenizar, por não caracterizar conduta antijurídica e ilícita (Apelação cível Nº 1.0194.09.099785-0/001. Relator: Tiago Pinto, Data de Julgamento: 07/02/2013, Câmaras Cíveis Isoladas/15ª CÂMARA CÍVEL).

Esta decisão é proveniente do entendimento de que, devido às idiosincrasias que atingem as relações familiares, a invocação absoluta da Responsabilidade Civil iria chocar, frontalmente, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Responsabilizar civilmente aquele que não mais dedica afeto, ou que nunca dedicou, é querer ampliar a tutela do Estado a lugares onde esta jamais alcançará. É juridicizar a exigibilidade do inexigível. Aceitar a condenação pelo fim do amor seria regredir aos primórdios da família institucional, aquela que tinha por obrigação manter-se unida, até mesmo em detrimento à realização pessoal de seus elementos (FARIAS; ROSENVALD, 2012). Todavia, se o fim da relação afetiva foi seguido de atos ofensivos à personalidade de qualquer um dos envolvidos, haverá a possibilidade de indenização por danos morais causados pelo ato e, claro, que todos os requisitos da responsabilidade civil estejam presentes.

2 A ALIENAÇÃO PARENTAL E A NÃO CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Quando existe o rompimento da vida conjugal, não é raro que a prole passe a ter aversão ao genitor não guardião, chegando, até mesmo, ao ponto de rejeitá-lo e/ou detestá-lo, resultado de uma ardilosa lavagem cerebral do genitor guardião que, inconformado, passa a criar uma infinidade de situações que dificultam ao máximo ou impedem a convivência entre o filho e o genitor não guardião. A este processo o psiquiatra americano Richard Gardner chamou de “Síndrome de Alienação Parental”, definindo-a como a programação de uma criança para odiar o genitor sem qualquer justificativa (OLIVEIRA, 2009). Ou seja, trata-se de verdadeira empreitada para desmoralizar o genitor não guardião, sendo a criança vigiada o tempo todo e os seus sentimentos usados pelo genitor guardião como ferramenta da agressividade deste voltada ao ex-cônjuge

Sob uma ótica multidisciplinar, observa-se que esse abuso praticado pelo genitor guardião em detrimento do não guardião afeta devastadoramente o próprio filho, a maior vítima dessa alienação, uma vez que lhe é tirado um direito fundamental, qual seja, a convivência familiar com o genitor alienado (art. 227, CF/1988). Ao interpretar o afastamento como traição, o filho passa a rejeitar o genitor alienado, em circunstâncias tais que os danos psicológicos para ele são incomensuráveis e imprevisíveis (DUARTE, 2008).

Ao se deparar com a situação de uma queixa de descumprimento, pelo genitor guardião, do exercício do direito de visita do genitor não guardião, o magistrado deve agir rápido, com competência e profissionalismo, requerendo, inclusive, o auxílio de profissional especializado e, prontamente, adotar medidas acautelatórias para assegurar a mínima e rotineira aproximação dos alienados. É comum o genitor guardião, com a intenção de afastar o outro da convivência com o filho, fazer acusações de maus tratos, até mesmo de abuso sexual, contra o ex-cônjuge.

Para resguardar os direitos das crianças, foi promulgada, no dia 26 de agosto de 2010, a Lei nº 12.318, conhecida como a Lei da Alienação Parental, que traz em seu artigo 2º da lei, seu conceito

[...] ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie o genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Verificada a ocorrência da síndrome da alienação parental, velando pela proteção integral da criança, impõe a lei a atuação imprescindível de psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais, bem como se faz necessária a habilidade do juiz para perceber que aquele menor está sendo manipulado pelo alienante, com o intuito único e exclusivo de vingança (BRITO, 2011). Mas, o mais importante é conscientizar os pais, no sentido de que maus-tratos ao infante afronta seus direitos fundamentais, e as sequelas são catastróficas. Para a criança, é indispensável a convivência familiar como fonte de afeto, amor, respeito e solidariedade.

O convívio familiar é um dever e as relações humanas são subjetivas, porém o afeto brota da convivência. O filho concebido é responsabilidade absoluta dos genitores, quaisquer que sejam as condições da concepção. Com o nascimento do infante, nasce também a obrigação alimentar, tanto física como psíquica e, por ser um dever dos pais e direito da criança, é inalienável, logo, passível de reparação em caso de descumprimento.

Não pertence também ao genitor guardião impedir ou dificultar o contato do filho com o não guardião, ou seja, obstar o direito constitucional do genitor não guardião de conviver com o filho. Sobre o assunto, assim tem se manifestado a jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. REALIZAÇÃO DE ACORDO JUDICIAL ENTRE AS PARTES. COMINAÇÃO DE MULTA PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO DO PACTO. CABIMENTO. Estando a menor sob guarda e responsabilidade materna, deve ser assegurado ao pai o direito de visitas. Direito de visitação que se impõe resguardado, ante a inexistência de prova de que a menina não tenha interesse em ver o genitor. Decisão agravada que fixa multa para o caso de descumprimento do acordo, a fim de resguardar a convivência entre pai e filha. Agravo de instrumento desprovido (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70053536447, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 26/06/2013).

Neste contexto, a imposição de multa para o não cumprimento de visitas, é um importante recurso para se fazer cumprir a tutela jurisdicional, porém, mais importante ainda, é o cumprimento, pelos pais de conviver com a prole, tornando o laço familiar afetivo, fundamentado no amor, no respeito e na solidariedade. Nesse sentido, posicionou-se o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR DE MODIFICAÇÃO PROVISÓRIA DE GUARDA - DESCUMPRIMENTO DO DIREITO DE VISITAS - PSICOSSOCIAL FORENSE. I - DEVOLVE-SE A GUARDA PROVISÓRIA À MÃE, ANTE A **INSISTÊNCIA DO PAI EM IMPEDIR O DIREITO DE VISITAS** E INVIABILIZAR A APRECIÇÃO DO CASO PELO PSICOSSOCIAL FORENSE. II - FUMUS BONI IURIS AFASTADO ANTE A CONDUTA FURTIVA DO PAI. III - AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO (AI: 20040020004906 DF, Relator: Sérgio Rocha, Data de Julgamento: 14/06/2004, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 21/09/2004 Pág. 110) (grifou-se).

A decepção gerada por uma visita prometida e não acontecida, por si só, provoca sequelas na formação da criança. O que dizer então do genitor que reiteradamente não permite que o filho mantenha laços com o outro? Sabe-se que um menor em formação, além de tempo e atenção, precisa também de rotina para sentir-se seguro e protegido. A ausência desses elementos traz problemas de natureza psíquica, afetando o seu saudável desenvolvimento. Já existe um entendimento pacífico da jurisprudência sobre a aplicação de multas, quando o direito à visita é impedido pelo genitor guardião,

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. REGULAMENTAÇÃO DE VISITA. Determinação de observância de acordo de visitação homologado judicialmente, sob pena de multa por período de descumprimento. Inconformismo. Princípio do melhor interesse da criança. Inexistência de fatos que impeçam a realização da visitação

paterna na forma avençada. Visitação que antes de ser direito subjetivo do agravado é dever moral do mesmo e imprescindível para o desenvolvimento e formação de seus filhos. Prova indiciária de conduta de alienação parental, por parte da agravante, em relação à figura do pai. Multa pecuniária cominada de forma razoável e em consonância com precedentes desta Corte, inteiramente adequada ao caso em discussão. Improvimento do recurso (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Agravo de instrumento 2009.002.18219. Relator: Pedro Freire Raguelet. Oitava Câmara Cível. Data do julgamento: 01/09/2009).

Todavia, quando é o genitor não guardião que não cumpre o seu dever de convivência com o filho, o entendimento da jurisprudência no que se refere à aplicação de multas é diferente, ou seja, entende que a convivência deve ser livre e voluntária entre as partes, não podendo ser compelida. De acordo com a jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE VISITAS. MULTA PELO DESCUMPRIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. A imposição de multa em caso de descumprimento do dever de visita não constitui a forma mais adequada de garantir o direito do filho ao convívio com o pai, eis que o relacionamento entre ambos deve se desenvolver a partir da livre e espontânea vontade das partes. RECURSO PROVIDO (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70016868333, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 01/11/2006).

Verifica-se assim, uma inconsistência nas decisões, uma vez que o direito à visita e de conviver com os pais, é, de fato, da criança, sujeito este que tem especial proteção do Estado, por estar em formação, logo violando-se está o melhor interesse da criança, que deve prevalecer sobre todos os outros. Efetivamente, obrigar um infante a ficar na companhia de alguém que ali está, só porque foi coagido financeiramente, não trará os benefícios que a medida concebeu. De qualquer forma, as consequências geradas pelo genitor não guardião, que age com negligência perante sua prole, jamais poderão ser superadas por qualquer medida processual.

Lamentavelmente, nem mesmo as sanções ressarcitórias, ou a reversão do dever-direito de visitação, terão a faculdade de eliminar os danos provocados pela paternidade/maternidade irresponsável. Mas, a imposição de uma poderá atenuar os efeitos nefastos causados à criança. É dever dos pais, da sociedade e do Estado garantir o cumprimento das visitas como uma forma de colaborar na formação sadia, físico e emocional da criança e de evitar a alienação parental.

Em tudo que até aqui foi exposto, defende-se a aplicação da responsabilidade civil – especificamente, pela perda da chance ao genitor guardião que, agindo culposamente, não permite a convivência do filho com o genitor não guardião, como se verá em seguida.

3 APLICAÇÃO DA PERDA DA CHANCE NA ALIENAÇÃO PARENTAL

A teoria da perda de uma chance é largamente empregada na doutrina internacional e aos poucos vem sendo introduzida no Brasil, tem sido aceita pela doutrina e a jurisprudência já

reúne uma série de julgados em relação às classes da advocacia e da medicina. Sua análise se fundamenta, sobretudo, na espécie de dano, na seriedade da chance e na probabilidade que a chance ocorreria caso o dano não tivesse se ocorrido.

Silva (2009, p.13) ensina que “A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório”. Observa ainda que: “[...] quando este processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará perda de uma probabilidade de um evento favorável”. O resultado da chance perdida é incerto, porém existe possibilidade de se considerar em primeiro plano a possível ocorrência da chance.

Todos os pressupostos para a aplicação dessa teoria se configuram quando um dos genitores, impede o outro de exercer o seu direito de convivência com a prole, direito este que, além de afetivo também é material, uma vez que a conduta é culposa, o dano é assinalado pela perda da oportunidade de se obter uma vantagem, ocorrendo o nexos causal entre a culpa e o dano. A indenização não é do dano, mas sim da chance, logo, a análise não deve ser feita com base na perda de um resultado favorável, mas na perda da possibilidade de se obter aquela vantagem.

Hoje, muito se fala, com ampla base multidisciplinar, no constitucional direito do filho à um pai, no caráter de verdadeiro *munus* em que se transformou o milenar pátrio poder (hoje poder familiar e, segundo a proposta do Estatuto das Famílias, em pouco tempo autoridade parental), e no desprestígio filosófico e social que a figura do pai hoje experimenta, o qual decisivamente se reflete na ideia jurídica da entidade paterna (BARROS, 2005). Porém uma questão incomoda, brotando de um silêncio denso sobre a matéria: e o direito do pai à convivência com seu filho?

Observa-se que são comuns os casos em que os pais têm subitamente castrado no seu desejo de conviver com o filho, seja pelo estabelecimento da guarda única da mãe, seja pela conduta ilícita da genitora que comete vários atos, visando subtrair do pai a possibilidade de constituição dos laços parentais. Assim, pensar no exemplo de que, “pela não informação por parte da genitora ao pai acerca da gravidez e do posterior nascimento de um filho, frustrando a convivência paterno-filial e todos os efeitos (inclusive psicológicos) dela decorrentes” (FARIAS, 2013, p.89), reste configurado um dano injusto a ensejar reparação, revela total consenso com o exposto até aqui e com os valores fundamentais prescritos na Constituição Federal.

Dissipando qualquer ambiguidade sobre não ser a convivência do pai com o filho um interesse merecedor de tutela jurídica, por não se referir à uma situação exatamente enquadrável como direito subjetivo, ensina Perlingieri (2007, p.155) que é muito importante comprovar 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 [...]”.

A situação do genitor privado, por distintas situações, do contato com a prole, piora ainda mais quando o filho vem a criar com outro homem o vínculo parental. Os tribunais superiores acertadamente têm decidido que sempre que a posse da guarda de filho, oriunda da relação de socioafetividade indicar para o desenvolvimento de uma relação de caráter parental, esta deve ser prestigiada em detrimento da paternidade meramente biológica ou jurídica, como se observa no julgado do STJ: “Reconhecimento de filiação. Ação declaratória de nulidade. Inexistência de Relação Sanguínea entre as partes. Irrelevância diante do vínculo socioafetivo” (REsp: 878941/DF - 2006/0086284-0, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data de Julgamento: 21/08/2007).

A lacuna do Código Civil de 2002 sobre a realidade socioafetiva como critério definidor das relações parentais poderá ser finalmente preenchida com a aprovação do Projeto de Lei 2.285/2007 (BRASIL, 2007), o Estatuto do Direito das Famílias, que apresenta, nos artigos 70 a 77, a convivência familiar, manifestada na posse do estado de filho, como critério prevalente na declaração dos vínculos parentais.

Exemplificando o conflito entre genitor e pai socioafetivo, que regularmente tem demandado a atenção do judiciário, cita-se o caso de um homem que, depois da separação viu a ex-mulher desaparecer com a filha de ambos e concluir, em tempo recorde e à sua revelia, uma ação de destituição do poder familiar e de adoção da menina pelo novo marido da mãe (BARROS, 2005). Depois de muito lutar, sem sucesso, para reaver, emocional e juridicamente a sua relação parental com a filha, impende transcrever um pequeno trecho do comentário desse pai, imagem do desespero, no apogeu de sua impotência: “[...] sei que o pai dela hoje é Clóvis [...] ela nem sabe quem sou. Meu desejo de ser pai não foi suficiente para fazer dela minha filha [...] o que eu quero? Quero conhecer minha filha, tenho esse direito” (BARROS, 2005, p.83).

Essa situação evidencia a oportunidade retirada desse homem de desenvolver os vínculos parentais com a filha e que, por certo, o direito reconhece antes mesmo do nascimento da filha. Ainda que consiga reaver o contato com a criança, a circunstância, da maneira como descrita, faz inferir que, devido ao estabelecimento da paternidade socioafetiva da menina com outro homem, o genitor não poderá mais agir como pai. A perda, como exigido pela teoria da perda da chance, é decisiva.

Nesse sentido, merece transcrição de parte do voto da Relatora Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, na Apelação Cível nº 2011.043951-1, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Em sociedade mais competitiva, em que as crianças se desigualam já quando nascem (ou antes ainda), com os estímulos cognitivos prestados pelos genitores, é presumível o abalo anímico sofrido pelo filho sabedor de que poderia ter recebido instrução formal e de qualidade, preparando-se adequadamente para o mercado de trabalho, mas, por inércia injustificável de seu pai, arrasta a condição de analfabeto durante grande parte de sua vida justamente na “era da informação”. Diante disso é possível assentar que a indenização aqui solicitada encontra sustentáculo jurídico também a partir dos insumos doutrinários da **responsabilidade civil por perda de uma chance**, diante da frustração de obter uma vantagem futura por fato ou ato jurídico praticado por outrem. É certo que o recebimento de educação formal por

parte dos pais não configura garantia absoluta de sucesso profissional. Mas a chamada “perda de uma chance” não tem por objetivo indenizar fatos desta natureza, isto é, “o prêmio da chegada” (grifo no original), o sucesso que não veio, mas sim constituir lenitivo pela oportunidade perdida, pela ponte que foi queimada e que não pode mais ser erguida, pelo caminho que poderia ser trilhado mas que foi fechado justamente por ato ilícito e injustificado cometido por quem tinha o dever jurídico de abri-lo (Apelação Cível nº 2011.043951-1. Relatora Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Terceira Câmara de Direito Civil. Data de julgamento: 06/09/2011).

Nessa situação, a chance, por certo, teria acontecido se o pai tivesse assumido suas responsabilidades parentais desde a infância do filho, porém sua efetivação restou frustrada devido ao fato danoso, o abandono pelo pai. Ressalte-se que neste caso foi evidente a discriminação ocorrida entre os filhos. Mesmo tendo o genitor capacidade financeira para agir de maneira diferente, não o fez, cometendo um abuso, logo praticando um ato ilícito.

No caso citado por Barros (2005), o sucesso da constituição de qualquer relação paterno-filial é profundamente incerto, porém os esforços que o genitor realizou, seriam considerados um forte indício de que, se a mãe não tivesse inviabilizado a convivência, sobretudo pela substituição dele por outro homem, a probabilidade de formação dos vínculos afetivos entre pai e filha era grande.

Alegar-se-ia que uma indenização pela chance perdida não traria, para o genitor, a chance de consagrar-se, efetivamente, pai. Com respeito aos que partilham deste juízo, a incoerência da reconstituição exata das situações subjetivas imateriais prejudicadas por um ato danoso é o argumento clássico citado pelos defensores da impossibilidade de reparação dos danos morais. E tais argumentos não vingaram e nem poderiam numa ordem jurídica norteada para a proteção abrangente da pessoa humana.

O dano provocado a um pai que, de maneira injusta é privado de conviver com o filho é, além de moralmente desprezível, é claramente ofensivo aos principais valores protegidos pela ordem jurídica. Para um grande, e felizmente, ao que parece cada vez maior, número de homens, a dimensão paterna é uma das mais preciosas da vida, é a que confere um sentido superior à existência e ressignifica, na maioria das vezes, toda história do sujeito. Está, desta forma, profundamente ligada aos sentimentos, à integridade psíquica e à dignidade do indivíduo.

Outro argumento que se poderia invocar na resistência de tudo aqui exposto é o de que, reconhecer uma indenização devida ao pai pela subtração da oportunidade de formar suas relações parentais localizaria seu correspondente, no lado filiatório, na indenização por abandono afetivo. A matéria é das mais sensíveis (SCHREIBER, 2013; PEREIRA; SILVA, 2006), e o espaço não é o apropriado para o seu esclarecimento, mas não é preciso adentrar nesse tema para ver que este se distingue, em essência, dos casos citados.

Observe-se que, no dano afetivo, considera-se a possibilidade de indenização para os filhos que sofreram danos devido à falta de convivência (art. 1634, I e II, do Código Civil) e de afeto de um pai que cumpria com os deveres alimentares a ele conferidas. Já na justificação de

perda da chance de formação dos vínculos parentais, não existe qualquer referência à obrigação de um filho conviver com o pai, nem da hipotética obrigação do filho nutrir afeto por ele, mas somente à subtração, incitada por terceiros, da possibilidade de formar os laços paterno-filiais.

Se um dos genitores teve a chance de conviver com sua prole e, ainda que tenha agido da forma amorosa e cuidadosa, este filho, por razões inexplicáveis, escolhe abandonar seu genitor, por certo não há que se falar em reparação civil. Por maior que seja o desgosto, por mais visíveis que sejam os danos sofridos pelo pai, o direito deve deter-se, mais uma vez, ante a barreira do desejo, da vontade e do livre arbítrio que têm as pessoas, no que se refere as trocas afetivas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que haja opiniões, no sentido de que no direito de família não existe espaço para reparação civil, é inaceitável que um pai, com dolo ou culpa, provoque um dano a um filho. Indiscutível o número de demandas que adentram ao Poder Judiciário, procurando os direitos de filhos provenientes do casamento como também dos extraconjugais, estes em relação aos primeiros são os que mais padecem, visto que apesar das facilidades dadas aos genitores acerca do reconhecimento, persistem na maioria das vezes, com uma lacuna no espaço designado à filiação paterna em suas certidões de nascimento.

Dessa lacuna derivam vários problemas, que trazem sequelas que serão carregadas para o resto da vida destes infantes. A omissão faz com que direitos básicos sejam privados, e por si só relegam estes filhos a filhos de segunda classe. E que, ante novos relacionamentos e com uma situação financeira equilibrada, torna-se mais difícil lembrar que um dia se teve um filho, privilegiando o bem-estar dos filhos do novo relacionamento que gozam da convivência com o pai.

Sobre a teoria da perda de uma chance, verificada a possibilidade de um caso, onde uma chance foi perdida, pela prática de um fato antijurídico, a conduta do agente deve ser analisada, porque o dano será a oportunidade que se perdeu e o nexo de causalidade será analisado ante a conduta e a chance de fato perdida. E, ainda que não haja um *quantum* estabelecido, o valor indenizatório deverá ser aplicado, conforme o caso concreto, uma vez que se a chance for séria e real, será merecedora de tutela jurídica. Compete registrar que a injustiça também deve ser evitada ante o autor do dano com o montante arbitrado, não se permitindo o enriquecimento ilícito daquele que perdeu a chance.

Mediante este estudo, verificou-se que nas ações que envolvem ruptura de vínculos conjugais e guarda de crianças/adolescentes são observados casos de abusos por parte tanto do genitor guardião quanto do não guardião, sendo que o primeiro abusa do seu direito de guarda ao praticar a alienação parental, impedindo o filho de relacionar-se com o outro, alegando as mais incoerentes desculpas, inclusive, trocar de domicílio somente para impedir o direito à

convivência familiar. É nesse contexto que se torna perfeitamente aplicável a responsabilidade civil pela perda da chance.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Fernanda Otoni de. **Do direito ao pai**: a paternidade no tribunal e na vida. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 Abr. 2014.
- BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de jan. de 2002. Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 13 Mar. 2014.
- BRASIL. **Lei 12.318** de 26 de ago. de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm> Acesso em: 16 Mar. 2014.
- BRASIL. **Lei 8.069** de 13 de jul. de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 13 Mar. 2014.
- BRASIL. Projeto de Lei 2.285/2007. **Estatuto das Famílias**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2007. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/legislacao/Estatuto_das_Familias.pdf> Acesso em: 20 Jul. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 878941/DF** - 2006/0086284-0, Relator: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data de Julgamento: 21/08/2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/13577/recurso-especial-resp-878941>> Acesso em: 20 Jul. 2014.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 2011.043951-1**. Relatora Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Terceira Câmara de Direito Civil. Data de julgamento: 06/09/2011. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>> Acesso em: 15 Set. 2014.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal – **Agravo de Instrumento Nº 20040020004906 DF**, Relator: Sérgio Rocha, Data de Julgamento: 14/06/2004, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 21/09/2004 Pág. 110. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4266983/agravo-de-instrumento-ai-20040020004906>> Acesso em: 09 Set. 2014.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, **Agravo de instrumento Nº 2009.002.18219**. Relator: Pedro Freire Raguenet. Oitava Câmara Cível. Data de julgamento: 01/09/2009. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>> Acesso em: 11 Set. 2014.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70053536447**, Sétima Câmara Cível. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 26/06/2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113008834/agravo-de-instrumento-ai-70053536447-rs/inteiro-teor-113008844>> Acesso em: 20 Ago.2014.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70016868333**, Oitava Câmara Cível. Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 01/11/2006. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22015646/agravo-de-instrumento-ai-70047324876-rs-tjrs/inteiro-teor-22015647>> Acesso em: 11 Set. 2014.

- BRITO, Barbara Heliodora de Avellar Peralta. **Alienação Parental: um Abuso que não pode ser Tolerado pela Sociedade**. Avellar Peralta – Assessoria Jurídica, 2011. Disponível em: <<http://www.avellarperalta.com/site/docs/02.pdf>> Acesso em: 23 Jul. 2014.
- DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. Danos psíquicos da alienação parental no litígio familiar. *In*: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coord.). **Atualidades do direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008. Disponível em: <<http://amdjus.com.br/doutrina/civil/147.htm>> Acesso em 10 Set. 2014.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação. *In*: **Escritos de Direito e Processo das Famílias: Novidades e Polêmicas**. Salvador: Juspodvim, 2013.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. v. 06. **Direito das Famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês**. Tradução Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.
- LÔBO, Paulo. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um direito fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, n.9, p.5-24, abr./mai., 2008.
- OLIVEIRA, J. F. Basílio de. **Guarda, visitação, busca e apreensão de menor**. 3. ed. São Paulo: BH Editora e Distribuidora, 2009.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 21, n. 3, pp. 667-680, set./dez 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3>> Acesso em: 26 Jul. 2014.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família**. 142f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Curitiba, 2004.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2009.