



YAMÊ PEREIRA DE ALBUQUERQUE PAES

**ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA
CHANCE EM CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL: RESGUARDO
À TUTELA DA PROTEÇÃO INTEGRAL AO MENOR**

LAVRAS-MG

2019

YAMÊ PEREIRA DE ALBUQUERQUE PAES

**ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA
CHANCE EM CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL: RESGUARDO
À TUTELA DA PROTEÇÃO INTEGRAL AO MENOR**

Artigo Científico apresentado à
Universidade Federal de Lavras,
como parte das exigências do Curso
de Direito, para a obtenção do título
de Bacharel.

Profa. Ma. Fernanda Valle Versiani
Orientadora
Prof. Dr. Leonardo Gomes Penteado Rosa
Coorientador

LAVRAS - MG

2019

YAMÊ PEREIRA DE ALBUQUERQUE PAES

**ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA
CHANCE EM CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL: RESGUARDO
À TUTELA DA PROTEÇÃO INTEGRAL AO MENOR
ANALYSIS OF THE APPLICATION OF THE THEORY OF LOSS
OF A CHANCE IN CASES OF PARENTAL ALIENATION:
ENSURING THE PROTECTION OF THE MINOR INTEGRAL
PROTECTION.**

Artigo Científico apresentado à
Universidade Federal de Lavras,
como parte das exigências do Curso
de Direito, para a obtenção do título
de Bacharel.

APROVADO em 08 de julho de 2019.
Ma. Fernanda Valle Versiani UFMG
Pedro Henrique Borges Viana

Profa. Ma. Fernanda Valle Versiani
Orientadora
Prof. Dr. Leonardo Gomes Penteadó Rosa
Coorientador

LAVRAS - MG

2019

ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE EM CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL: RESGUARDO À TUTELA DA PROTEÇÃO INTEGRAL AO MENOR

Yamê Pereira de Albuquerque Paes¹

Fernanda Valle Versiani²

Leonardo Gomes Penteado Rosa³

“O que mais desespera não é o impossível,
mas o possível não alcançado”

(Robert Mallet)

RESUMO: A alienação parental diz respeito a prática que deve ser obstada, considerando os malefícios e violações de direitos causados às crianças e adolescentes. O artigo em tela aborda a responsabilização civil do genitor alienador, pela via da Teoria da Perda de Uma Chance, visando resguardar os direitos fundamentais dos menores e viabilizar a indenização pelas implicações da prática ilícita cometida em desfavor deles.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Alienação parental; 2. Teoria da Perda de Uma Chance; 3. Indenização.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Considerações acerca da Alienação Parental; 3. Âmbito da Responsabilidade Civil: Teoria da Perda de Uma Chance; 3.1. A chance perdida e a dicotomia entre danos emergentes e lucros cessantes e entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais; 3.2 Perspectiva da Teoria da Perda de Uma Chance na jurisprudência brasileira; 4. Análise da viabilidade de aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance em casos de Alienação Parental; 5. Considerações Finais.

TITLE: Analysis of the application of the Theory of Loss of a Chance in cases of Parental Alienation: ensuring the protection of the minor integral protection.

ABSTRACT: Parental alienation refers to a practice that must be prevented, considering the harm and rights violations that can provoke in children and adolescents. The article in question approaches the civil responsibility of the alienating parent, through the Theory of Loss of a Chance, aiming to protect the fundamental rights of the minor and to enable a indemnization for the implications of the illicit practice committed against them.

¹ Graduanda pela Universidade Federal de Lavras (UFLA).

² Orientadora. Professora Assistente do Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras. Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

³ Coorientador. Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras. Doutor e Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

KEYWORDS: 1. Parental alienation; 2. Loss of a Chance Theory; 3. Indemnification.

CONTENTS: 1. Introduction; 2. Considerations about Parental Alienation; 3. Scope of Civil Liability: Theory of Loss of Chance; 3.1. The missed chance and the dichotomy between emergent damages and loss of profits and between property and off-balance damages; 3.2 Perspective of the Theory of Loss of Chance in Brazilian jurisprudence; 4. Analysis of the feasibility of applying the Theory of Loss of Chance in cases of Parental Alienation; 5. Final Considerations.

1. Introdução

A alienação parental, enquanto prática que viola a integridade psíquica e a dignidade do alienado, não coaduna com os preceitos e diretrizes constitucionais, os quais resguardam a proteção ao menor, impondo deveres à família, à sociedade e ao Estado para assegurar às crianças e aos adolescentes um crescimento saudável, englobando, por exemplo, o direito à vida, à saúde e à dignidade. Considerando que direitos fundamentais do indivíduo são violados, o artigo em comento, utilizando-se da movimentação das ferramentas metodológicas do levantamento bibliográfico e jurisprudencial, visa a investigar se a Teoria da Perda de Uma Chance poderia ser aplicada com o intento de responsabilizar civilmente o genitor alienador, viabilizando a indenização pecuniária pelas implicações da prática ilícita cometida em desfavor da criança ou adolescente.

São tecidas considerações acerca da alienação parental bem como suas consequências nefastas; em seguida, aborda-se a responsabilização civil e a Teoria da Perda de Uma Chance. Por derradeiro, é analisada a viabilidade da aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance em casos de alienação parental, sob a égide da tutela da proteção integral ao menor.

2. Considerações acerca da Alienação Parental

Hodiernamente, deparamos-nos com um cenário relativamente novo nas relações sociais e conjugais. Na vigência do Código Civil de 1916, os papéis de pai/marido e mãe/esposa eram delimitados pela legislação, de maneira que o pai/marido era o chefe da sociedade conjugal, a quem incumbia exclusivamente o exercício do pátrio poder, enquanto chefe da família, conforme prelecionavam os arts. 233 e 380. Ademais, o pai/marido era responsável por prover economicamente o sustento da família, além de tomar as decisões relevantes acerca da manutenção desta, enquanto à mãe incumbia o dever de zelar e cuidar dos filhos e da residência, respeitando as decisões do marido.

Houve o esfacelamento do referido panorama com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 (CRFB/88) e do Código Civil em 2002

(CC/02), os quais refletiram a evolução dos costumes e dos arranjos nas relações interpessoais.⁴

Por inteligência do art. 5º, da CRFB/88, ambos os genitores possuem as mesmas responsabilidades no que concerne à criação dos filhos. Ademais, com a alteração legislativa advinda da promulgação da Lei nº 11.698/08, a guarda compartilhada passou a ser a regra entre os genitores de uma criança, de maneira que ambos são responsáveis, igualmente, pela sua criação e desenvolvimento.

Com a mudança de paradigma, vêm à tona uma conduta que suscita cada vez um maior número de demandas judiciais, qual seja, a denominada alienação parental. De acordo com o art. 2º da Lei nº 12.318/2010, “considera-se 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 a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”⁵.

A alienação parental compromete o exercício da autoridade parental (o qual é imposto pelo exercício do poder familiar) pelo genitor alvo da alienação, tendo em vista o bloqueio ao estabelecimento ou à manutenção dos laços de afetividade que deveriam ser nutridos em uma relação considerada saudável entre genitor e filho/a. Assim, podem resultar em danos psíquicos à prole que cresce sem a referência biparental, mesmo tendo ambos os pais vivos e dispostos a cumprir os deveres oriundos do poder familiar.⁶

⁴ Acerca da evolução dos papéis masculinos e femininos em nosso ordenamento, sugerem-se as leituras: DEL PRIORE, Mary (Org.). *História das mulheres no Brasil*. São Paulo, SP: Contexto, 2018; BARRETO, Luciano. Evolução Histórica e Legislativa da Família. *Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13. v.1*, p.205-214. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/seriemagistrado13.html>>. Acesso em: 01 mai.19.

⁵ Cumpre exemplificar condutas do genitor alienante que configuram a prática da alienação parental: “a) denigre a imagem da pessoa do outro genitor; b) organiza diversas atividades para o dia de visitas, de modo a torna-las desinteressantes ou mesmo inibi-las; c) não comunica ao outro genitor fatos importantes relacionados à vida dos filhos (rendimento escolar, agendamento de consultas médicas, ocorrência de doenças, etc.); d) toma decisões importantes sobre a vida dos filhos sem prévia consulta ao outro cônjuge (por exemplo: escolha ou mudança de escola, de pediatra, etc.); e) viaja e deixa os filhos com terceiros sem comunicação ao outro genitor; f) apresenta o novo companheiro à criança como sendo seu novo pai ou mãe”, entre outras. FONSECA, Priscila. Síndrome de Alienação Parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 273.

⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/alienacao-parental/>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

Em se tratando das repercussões da prática alienadora em desfavor de crianças e adolescentes, pontua José Trindade:

Enfermidades somáticas e comportamentais que podem aparecer na criança sob a forma de “ansiedade, medo e insegurança, isolamento, tristeza e depressão, comportamento hostil, falta de organização, dificuldades escolares, baixa tolerância à frustração, irritabilidade, enurese, transtorno de identidade ou de imagem, sentimento de desespero, culpa, dupla personalidade, inclinação ao álcool e às drogas, e, em casos mais extremos, ideias ou comportamentos suicidas.⁷

Não obstante a prática cada vez mais comum dessas condutas, o ordenamento jurídico pátrio resguarda constitucionalmente a proteção ao menor, insculpida em seus artigos 226, 227 e 229, entre outros. Dos referidos artigos emanam diretrizes que visam resguardar as entidades familiares e, ainda, impor deveres à família, à sociedade e ao Estado para assegurar às crianças e aos adolescentes um crescimento saudável, que contemple o direito à vida, à saúde e à dignidade. Saliente-se que o melhor interesse do menor se materializa na doutrina da proteção integral, com respaldo no artigo 227 da CRFB/88, segundo a qual são os menores de 18 anos indivíduos em peculiar fase da vida, o que acarreta, portanto, o estabelecimento, pelo próprio sistema constitucional, de direitos fundamentais especiais para um melhor desenvolvimento de suas personalidades. A intenção é promover a proteção e o amparo à criança e ao adolescente com absoluta prioridade, conforme elucida o doutrinador Luciano Rossato:

Em verdade, o art. 227 representa o metaprincípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, tendo como destinatários da norma a família, a sociedade e o Estado. Pretende, pois, que a família se responsabilize pela manutenção da integridade física e psíquica, a sociedade pela convivência coletiva harmônica, e o Estado pelo constante incentivo à criação de políticas públicas. Trata-se de uma responsabilidade que, para ser realizada, necessita de uma integração, de um conjunto devidamente articulado de políticas públicas. Essa competência difusa, que responsabiliza uma diversidade de agentes pela promoção da política de atendimento à

⁷ TRINDADE, José. Síndrome da Alienação Parental. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. São Paulo: RT, 2008, p.104. apud TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/alienacao-parental/>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

criança e ao adolescente, tem por objetivo ampliar o próprio alcance da proteção dos direitos infantojuvenis.⁸

A doutrina da proteção integral implica a consideração de que crianças e adolescentes são sujeitos de direito, fazendo jus à devida tutela. Consubstanciada em um metaprincípio orientador, a referida doutrina está impregnada aos dispositivos da CRFB/88, concretizando um arcabouço legislativo de proteção à infância e à juventude.

Mais especificamente, quanto aos filhos, os pais têm o dever de proteção e cuidado, bem como de “assistir, criar e educar”. Este conjunto de deveres, insculpidos no artigo 229, da CRFB/88, são preconizados também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Saliente-se que, apesar de o ordenamento jurídico já contemplar direitos e deveres advindos do exercício da autoridade parental, como acima elucidado, e as sanções referentes ao seu descumprimento, a Lei nº 12.318/2010 foi sancionada com o objetivo premente de positivar as questões concernentes aos atos alienadores e suas respectivas sanções, bem como alguns trâmites especiais afetos aos processos judiciais, de modo a “experimentar uma suposta certeza na identificação de punição de tais atos, inclusive, proibindo sua prática reincidente, como uma espécie de função pedagógica ou psicológica da lei”⁹, promovendo uma maior sensação de segurança jurídica ao aplicador e à sociedade. Assim, a Lei foi responsável por fomentar o debate além de publicizar a relevância do combate à alienação parental.¹⁰

Mediante o exposto, vê-se que o ordenamento jurídico repudia a alienação parental, considerando os graves danos causados às crianças e adolescentes¹¹. Diante do entendimento de que a prática da alienação parental entra em conflito com o melhor interesse da criança, bem como viola o comando constitucional de respeito do menor

⁸ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanchez. *Estatuto da criança e do adolescente: Lei n. 8.069/90* – comentado artigo por artigo. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 62.

⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/alienacao-parental/>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

¹⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/alienacao-parental/>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

¹¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/alienacao-parental/>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

como sujeito de direitos fundamentais¹², é necessário discorrer acerca da viabilidade da tutela ressarcitória nos casos em que restam configuradas as consequências nefastas da alienação parental. O artigo visa responder, então, a seguinte pergunta: a Teoria da Perda de Uma Chance poderia ser aplicada para responsabilizar civilmente o genitor alienador pela alienação parental praticada em desfavor da prole?

Para responder à questão proposta, os tópicos a seguir abordam a seara da responsabilidade civil, pormenorizando a Teoria da Perda de Uma Chance, sua distinção quanto aos lucros cessantes, além de um panorama de sua aplicação na jurisprudência brasileira.

3. Âmbito da Responsabilidade Civil: Teoria da Perda de Uma Chance

É cediço que os danos perpetrados por determinado indivíduo devem ser reparados, com a intenção de restabelecer a harmonia e o equilíbrio social. Conforme preleciona o doutrinador Sergio Cavalieri Filho, responsabilidade civil “é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”. Assim, de acordo com o autor, adequado exprimir que toda conduta humana que, por meio de violação a dever jurídico originário, causa prejuízo a um outro indivíduo, é fonte geradora de responsabilidade civil.¹³ Nesta esteira, faz-se pertinente o desenvolvimento acerca da Teoria da Perda de Uma Chance, com o intuito de vislumbrar um caráter indenizatório em benefício da criança ou do adolescente sujeitos aos atos de alienação parental por seu genitor.

Acerca da supracitada teoria, depreende-se do doutrinador Fernando Noronha que, em se tratando de *chance*, vislumbra-se um processo que propicia a um indivíduo a possibilidade de vir a obter algo benéfico, futuramente. A *perda da chance*, por sua vez, respalda um processo que foi interrompido por um determinado fato antijurídico, decorrendo, portanto, a inviabilidade da oportunidade.

A hipótese do estudo em tela, concernente aos casos em que a criança ou adolescente deixou de nutrir uma relação saudável com um de seus genitores em decorrência da prática da alienação parental perpetrada cruel e dolosamente pelo outro, diz respeito à

¹² GIRARDI, Viviane. Os aspectos jurídicos da alienação parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 281.

¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.

perda da chance, a qual consiste na oportunidade, que se extinguiu, de, futuramente, lograr uma vantagem que era desejada, ou de impedir um prejuízo que se sucedeu. Essa circunstância, logo, é distinta de uma reparação da própria vantagem ou do prejuízo, que seria o dano final.¹⁴

O doutrinador Rafael Peteffi da Silva estipula, enquanto critério, que as chances devem ser sérias e reais, conforme: “para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por esta perda deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva.”¹⁵

A Teoria da Perda de Uma Chance diz respeito a um novo olhar sobre a responsabilidade civil, na medida em que se aplica aos casos em que o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito ou vantagem determinada ou a frustração da chance de evitar uma perda ou prejuízo, de fato ocorridos. Não se exige, logo, a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação – resguarda-se, portanto, a certeza da probabilidade.¹⁶

3.1. A chance perdida e a dicotomia entre danos emergentes e lucros cessantes e entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais

Reconhece-se a divergência tanto doutrinária quanto jurisprudencial no que concerne à natureza jurídica da responsabilidade civil pela perda de uma chance – se esta se enquadra nos danos emergentes, nos lucros cessantes, ou enquanto um *tertium genus*, isto é, uma categoria autônoma, por não se subsumir perfeitamente aos demais institutos, nos casos que aduzem danos materiais. Existem desavenças doutrinárias, até mesmo, sobre se a referida teoria abrangeria hipóteses de dano extrapatrimonial ou se estaria restrita ao dano patrimonial.

Conforme inteligência do art. 402 do CC/02, as perdas e danos devidos ao credor abrangem não somente o que o credor “efetivamente perdeu” – os danos emergentes -, mas também “o que razoavelmente deixou de lucrar” – os lucros cessantes. De acordo

¹⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 695/697.

¹⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 138.

¹⁶ Conforme entendimento do STJ. STJ, 3ª T., REsp 1291247 - RJ (2011/0267279-8), Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 19.08.2014.

com o doutrinador Daniel Amaral Carnaúba, a semelhança reside no fato de que, tanto nos danos emergentes quanto nos lucros cessantes existe uma lesão a um interesse da vítima. Não obstante, nos danos emergentes essa lesão se constitui na depreciação do *status quo ante* (o acidente provoca a depreciação do estado em que se encontrava a vítima), enquanto nos lucros cessantes a lesão decorre do impedimento ao acréscimo desse estado anterior (representam não mais um decréscimo, mas sim o óbice à melhora da situação do lesionado).¹⁷

Esclarecidas as distinções, passemos à explanação da divergência doutrinária quanto à caracterização da perda de uma chance. Sergio Savi, que se apoia em juristas italianos, em especial A. de Cupis, afirma que “considerá-lo [o dano da perda de chance] como dano emergente [permite] superar o problema da certeza do dano para a concessão de indenização”.¹⁸ Corrobora o posicionamento o seguinte excerto:

Adriano de Cupis foi, em nosso sentir, o responsável pelo início da correta compreensão da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance no Direito Italiano. Este autor conseguiu visualizar um dano independente do resultado final, enquadrando a chance perdida no conceito de dano emergente e não de lucro cessante, como vinha sendo feito pelos autores que o antecederam.¹⁹

Farias, Rosenvald e Braga Netto possuem o mesmo entendimento, pois afirmam que “O valor econômico desta chance será indenizado como uma espécie de dano emergente, afinal, ele efetivamente perdeu (a chance)”. De acordo com estes autores, a perda da chance é sempre um dano patrimonial, pois, caso houvesse um dano extrapatrimonial, seria representado pela ofensa a algum outro bem jurídico que traduzisse “um *plus* à privação da propriedade de um bem por um dano injusto”.²⁰

Ricardo Chadi esclarece que o fundamento dos defensores do enquadramento da perda de uma chance como um dano emergente diz respeito à consideração de se tratar de um

¹⁷ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce (Coords). – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013. p. 167.

¹⁸ SAVI, Sergio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 4,10 e 111 apud NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 704.

¹⁹ SAVI, Sergio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.10 apud CHADI, Ricardo. *Natureza jurídica do dano decorrente da perda de uma chance*. 2017. 235 p. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. p. 171.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 274/275.

prejuízo atual, e não futuro, além do fato de que a efetividade da perda centraliza-se na chance.²¹

Elucida o doutrinador Fernando Noronha, acerca da Teoria da Perda de Uma Chance:

É que, se o dano final tem natureza aleatória, por persistir a dúvida sobre se foi ou não resultante do fato antijurídico, já o dano da perda de chance constitui um dano real, por ser certo que foi frustrada a oportunidade, que antes existia, de fazer algo para obter a vantagem ou para evitar o prejuízo. E trata-se de dano que tem um valor, que pode ser econômico ou não, mas que é determinável.²²

Explana o referido autor que a chance perdida é um dano certo, que tem um valor, restando a questão de saber como calculá-lo²³. Mais adiante o autor afirma que:

Para além de o dano da chance perdida poder ser extrapatrimonial, acontece que, nos casos em que ele tiver natureza patrimonial, representará umas vezes a frustração de um ganho e outras uma efetiva redução no patrimônio. Mesmo que o valor da chance perdida tenha de ser computado com referência ao dano final, teremos ou reparação relativa a um certo percentual da vantagem que era esperada (o que ainda é lucro cessante), ou reparação por uma percentagem do prejuízo ocorrido (o que será dano emergente).²⁴

Distingue-se, assim, da corrente que classifica exclusivamente como dano emergente pois, segundo Noronha, além de haver a possibilidade de o dano da chance perdida ser extrapatrimonial, considera que, em se tratando de um dano auferível materialmente, classificar-se-á ora como lucro cessante, ora como dano emergente.

Destaca-se, ademais, o entendimento de Ricardo Chadi, pois leva em consideração o prisma sob a perspectiva da natureza imaterial da chance, chegando à conclusão de que “não há como associar o dano decorrente com a perda de uma chance com os danos emergentes”.²⁵

As extremas entre a perda de uma chance e os danos emergentes não parecem tão explícitas, ao passo que a distinção entre a perda de uma chance e os lucros cessantes é

²¹ CHADI, Ricardo. *Natureza jurídica do dano decorrente da perda de uma chance*. 2017. 235 p. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. p. 171.

²² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 697.

²³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 700.

²⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 704.

²⁵ CHADI, Ricardo. *Natureza jurídica do dano decorrente da perda de uma chance*. 2017. 235 p. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. p. 172.

mais clara. Farias, Rosenvald e Braga Netto, acertadamente, asseveram que, nos lucros cessantes, o lesado pleiteia valores que dizem respeito a uma “probabilidade de privação de ganhos que se revela certa de acordo com aquilo que normalmente acontece pelas regras de experiência”. Todavia, em se tratando da perda de uma chance, não é adequado tratar de certezas, uma vez que “a vantagem esperada é sempre incerta e aleatória.”. Dessa forma, o correto é tratar da possibilidade de que o benefício esperado tivesse sobrevivendo no caso de inoccorrência do evento lesivo.²⁶

Cumprido, ainda, destacar a lição do doutrinador Daniel Carnaúba, segundo o qual “a perda de chance representará um dano patrimonial ou moral à vítima, a depender do caráter patrimonial ou extrapatrimonial do resultado que poderia ser obtido por meio dela. É a natureza do interesse em jogo que determinará a natureza da chance.”. Assim, explicita o autor um caso de advogado que perde o prazo para interposição de recurso contra uma sentença que condenou seu cliente ao pagamento de uma dívida, causando a este um prejuízo material. Neste caso, a perda da chance de vencer o processo judicial constitui um prejuízo avaliável em dinheiro, sendo que o montante indenizatório será equivalente ao valor da condenação, multiplicado pelas chances de sucesso do recurso obstado. Por sua vez, elucida que “o dano sofrido pelo cliente terá natureza moral se, por meio da demanda em questão, a vítima buscava a satisfação de um interesse extrapatrimonial.”. Seria o caso, por exemplo, “quando o erro do advogado ocorre no curso de uma ação de reconhecimento de paternidade – abstraindo-se os eventuais reflexos pecuniários dessa pretensão.”. Outra hipótese também ilustrada pelo doutrinador é de um candidato injustamente excluído de uma competição, “cujo prêmio era meramente simbólico, sem valor econômico.”. Quanto à aferição da indenização, “para aquilatar o prejuízo o magistrado deverá multiplicar as probabilidades perdidas pelo valor da vantagem almejada.”. Por se tratar de um caso cujo bem jurídico não possui valor econômico certo, considera-se que “a chance perdida constituirá um dano moral.”.²⁷

Mediante o acima delineado, faz-se assertiva para o estudo em comento a consideração da perda de uma chance enquanto passível de indenização tanto a título de dano moral quanto de dano material, de acordo com a natureza do bem jurídico em questão e pela

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 274.

²⁷ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce (Coords). – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013. p. 170/171.

verificação se o resultado que poderia ser obtido seria de caráter patrimonial ou extrapatrimonial. Frise-se entendimento consoante do Superior Tribunal de Justiça, que dispôs: “a perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais”.²⁸²⁹ A alegação de que a perda da chance se limita a casos que envolvem danos patrimoniais é desarrazoada, considerando que as hipóteses de subsunção de tal teoria aos acontecimentos cotidianos são inúmeras, sendo passíveis, também, de tal apreço, as situações jurídicas existenciais de um indivíduo.

Justifica-se a aplicação da indenização resguardando a perda da chance uma vez que esta não se equipara ao resultado final eventualmente garantido a título de danos morais ou materiais; as fundamentações das indenizações possuem lastro distinto. Conforme esclarece o doutrinador Daniel Carnaúba:

O interesse sobre a chance representa uma fração do interesse sobre a obtenção do resultado final e, por consequência, a lesão ao interesse sobre a chance resultará em um prejuízo equivalente a uma parcela da vantagem almejada pela vítima, resguardada a natureza patrimonial ou extrapatrimonial do interesse em questão.³⁰

Nota-se, logo, o dissenso no que diz respeito à natureza da perda da chance. Enquanto os autores Sergio Savi e Farias, Rosenvald e Braga Netto amparam a Teoria da Perda da Chance em um dano meramente patrimonial, Fernando Noronha e Daniel Carnaúba abrangem a possibilidade de a teoria lastrear tanto um dano patrimonial quanto um extrapatrimonial, restando a identificação do trabalho em apreço com a última corrente, como alhures esclarecido.

3.2 Perspectiva da Teoria da Perda de Uma Chance na jurisprudência brasileira

Destaca-se que a Teoria da Perda de uma Chance, em suas variadas nuanças, tem tido uma ampla aceitação na jurisprudência recente, conforme argumenta Rafael Peteffi da

²⁸ STJ, Resp. 1.079.185 - MG. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 11.11.2008 apud CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce (Coords). – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 171.

²⁹ Nesta senda versa o Enunciado 444, aprovado na 5ª Jornada de Direito Civil: “A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.”. Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362>> Acesso em: 04.mai.19.

³⁰ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce (Coords). – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 171.

Silva, elucidando que, atualmente, se exprime uma correspondência entre a produção doutrinária acerca da Teoria da Perda de Uma Chance e os Tribunais brasileiros. Segundo ele, ocorre um crescimento exponencial no que tange à consideração da teoria da perda de uma chance como instrumento útil para o deslinde das ações de reparação de danos nos principais Tribunais brasileiros, especialmente nos Estados do Sul e do Sudeste.³¹

Válido citar o paradigmático Julgado do Show do Milhão³², em que a participante foi indenizada considerando que, por não haver resposta correta dentre as alternativas da questão, aquela perdeu a oportunidade de lucrar o respectivo valor. Considerado o “*leading case*” da matéria, verifica-se acertado o julgamento em última instância do tribunal competente para matérias infraconstitucionais, uma vez que, a fim de quantificar o valor da indenização arbitrada, o Ministro optou pela divisão entre o valor da vantagem final esperada, referente ao um milhão de reais, por quatro, equivalente ao número de alternativas de respostas de cada questão. Auferiu-se, portanto, um valor de fato à chance perdida, não correspondendo integralmente ao que seria nem lucro cessante nem dano emergente.

Outra jurisprudência que merece destaque refere-se ao fato de que uma empresa de coleta de células tronco embrionárias de cordão umbilical foi condenada a indenizar um recém-nascido por não ter comparecido ao hospital para proceder a coleta devida.³³ Neste caso, restou o “arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada”, alegando o Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino se tratar de “caso claro de aplicação da teoria da perda de uma chance”, sendo reparada “a chance perdida, e não o dano final”. Alegou o referido Ministro que restou a perda definitiva da chance de prevenir o tratamento de eventuais patologias, de forma que essa chance perdida seria o objeto da indenização. Correto, portanto, tal julgamento, uma vez que a Teoria da Perda de Uma Chance foi aplicada para fundamentar a obrigação de indenizar da parte ré. No que concerne ao *quantum* indenizatório, de forma adequada retomou-se que a indenização arbitrada dizia respeito à chance perdida, e não ao dano final. Manifestou o Relator: “O dano final seria a vantagem esperada pelo lesado, que foi

³¹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 196.

³² STJ, 4^a T., REsp 788459 - BA 2005/0172410-9, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 08.11.2005, DJe 13.03.2006.

³³ STJ, 3^a T., REsp 1291247 - RJ (2011/0267279-8), Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 19.08.2014.

definitivamente perdida, enquanto a chance perdida é um prejuízo autônomo, como dito, o objeto da indenização.”³⁴

Consigna-se, ademais, a aplicação da teoria em uma ação de indenização por danos morais e materiais em que, ocorrido um incêndio, alegou-se demora no atendimento da ocorrência, restando aplicada a Teoria da Perda de Uma Chance sob a justificativa de que o Estado, em decorrência de omissão culposa perpetrada pelo corpo de bombeiros, retirou da autor da ação a chance de evitar a perda total do imóvel bem como o falecimento de sua esposa.³⁵ Por derradeiro, oportuno mencionar a aplicação da Teoria da Perda da Chance em uma ação de indenização por danos morais e materiais em face de advogado desidioso que deixou de aforar, em tempo hábil, a ação de indenização por morte decorrente de acidente de trabalho, implicando a prescrição da pretensão indenizatória.³⁶ Nestes dois últimos casos, não obstante, apesar de restarem expressas menções à Teoria da Perda de Uma Chance, verifica-se certa inconsistência em ambos os julgamentos, uma vez que o *quantum* indenizatório prevê valores a títulos de danos morais e materiais, não versando sobre uma indenização lastreada na perda da chance, como levado a entender ao decorrer dos votos e que demonstraria a correta aplicação da teoria.

4. Análise da viabilidade de aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance em casos de Alienação Parental

Uma vez delineados os principais pontos que permeiam o estudo em tela, quais sejam, a alienação parental e suas consequências nefastas à criança ou adolescente, bem como a vertente da responsabilização civil por meio da Teoria da Perda de Uma Chance, urge delimitar a consonância ou liame entre os referidos pontos.

Precipuamente, cumpre destacar que o art. 3º da Lei de Alienação Parental aduz que a prática da alienação parental fere o direito fundamental que a criança ou adolescente possuem de convivência familiar saudável e constitui abuso moral, bem como descumprimento dos deveres inerentes ao poder parental. O art. 6º da referida lei,

³⁴ Importa destacar trecho do voto do Ministro Relator, que versa: “No caso, a chance perdida, qual seja - a coleta das células tronco do cordão umbilical da criança, haverão outras oportunidades, em uma medicina avançada, de se colher tais células - via medula-óssea, dentes de leite, não tem qualquer conteúdo patrimonial, mas extrapatrimonial.”. STJ, 3ª T., REsp 1291247 - RJ (2011/0267279-8), Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 19.08.2014.

³⁵ TJRS, 10ª C.C., Ap. Cív. 70045998424. Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz. j. em 16. 02. 2012.

³⁶ TJRS, 16ª C.C., Ap. Cív. 70041115940. Rel. Des. Ana Maria Nedel Scalzilli. j. em 09.08.2012.

ademais, elenca um rol de providências a serem tomadas pelo juiz nos casos em que restem configurada a prática da alienação parental, com a intenção tanto de tutelar as vítimas como punir o genitor alienador, constando, por exemplo, a possibilidade de acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial, em favor da criança ou adolescente, assim como sanções ao alienador, existindo a previsão de multa e, até mesmo, de suspensão da autoridade parental. As medidas são tomadas de acordo com a gravidade do caso, resguardando, portanto, uma reação proporcional. Importante a ressalva de que o referido artigo prevê que as medidas são tomadas sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal a depender do que a prática ensejou.

Tão graves reprimendas positivadas por meio da lei acima mencionada, com a intenção de coibir atos alienadores, corroboram o entendimento de que a alienação parental diz respeito a uma prática extremamente cruel, capaz de desencadear danos psíquicos à prole. Conforme elucida Valéria Cardin, a alienação parental infringe vários direitos da personalidade, tanto do menor quanto do genitor alienado, dentre eles os direitos à convivência familiar e à afetividade, os quais são primordiais na formação da personalidade da criança e do adolescente.³⁷

Desta feita, em consonância ao preceituado pelos arts. 3º e 6º da Lei de Alienação Parental, considerando que tais danos perpetrados pela prática da alienação parental são incompatíveis com a convivência familiar saudável e com a devida criação e formação de um indivíduo, uma vez que viola o poder/dever jurídico³⁸ do outro genitor de criar e educar o filho, resta claro que tal ato diz respeito a exercício abusivo³⁹ ou, ao menos, disfuncional do poder familiar, configurando ato ilícito que enseja responsabilização civil, nos termos dos arts. 186, 187 e 927 do CC/02. No que concerne ao ato ilícito, disciplinado nos arts. 186 e 187 do CC/02, o art. 927 prevê que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.⁴⁰

³⁷ CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 225/226.

³⁸ Destacam-se os arts. do CC/02: Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - I - dirigir-lhes a criação e a educação; [...]. Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. [...]

³⁹ Frise-se a lição de Cavaliere Filho: “O fundamento principal do abuso do direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ilícito.”. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 203/204.

⁴⁰ Compartilham o entendimento de que a alienação parental é passível de indenização os autores Wladimir Paes de Lira, Maria Celina Bodin de Moraes, Ana Carolina Brochado Teixeira, Ana Carolina Carpres Madaleno, vale constar. LIRA, Wladimir Paes de. *Responsabilidade civil na alienação parental*:

Assim, tendo em vista a inequívoca possibilidade da indenização lastreada pelo exercício abusivo ou disfuncional do poder familiar, que traduz-se em ato ilícito, necessário destacar que se fazem necessárias, além da conduta humana concretizada pela prática da alienação parental e da conseqüente ilicitude, a culpa, o dano, bem como o nexo de causalidade.⁴¹ Consignado o acima desenvolvido, não se vislumbra nenhum óbice à responsabilização civil decorrente da alienação parental mediante o ilícito consubstanciado no abuso da autoridade parental. Portanto, além de suscetível às sanções elencadas no art. 6º da Lei de Alienação Parental, o genitor alienador pode, ademais, ser responsabilizado civilmente.

Haja vista a viabilidade da responsabilização civil, o viés defendido no estudo em tela está pautado na Teoria da Perda de Uma Chance enquanto instrumento para a configuração de uma indenização autônoma, possível diante de situações lesivas que origem tanto danos patrimoniais quanto extrapatrimoniais, como alhures desenvolvido.

Isto posto, considera-se que a conduta ilícita consubstanciada na prática da alienação parental perpetrada pelo genitor enseja a responsabilização civil, vez que concretizada a perda da chance de o menor nutrir uma convivência saudável com o outro genitor, bem como a privação ao amparo afetivo, moral e psíquico nutrido em um relacionamento saudável entre genitor e filhos, tendo aquele sido impelido a se distanciar do filho em fase tão primordial à moldação de sua personalidade, ficando este último privado da referência biparental. Partindo desta conjectura, verifica-se a factibilidade da responsabilização civil a título de danos morais (enquanto meio de reparação ao abalo e violações infligidas à criança ou adolescente, zelando por interesses extrapatrimoniais), podendo ser cumulada a danos materiais (decorrentes de despesas como acompanhamento psicológico ou psiquiátrico, consultas médicas e eventuais

uma análise nos sistemas jurídicos português e brasileiro. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 3, p. 47-104, agosto 2015. Disponível em: <<http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/2.-Wladimir-Paes-de-Lira.pdf>>. Acesso em: 26.mai.19. p. 96-99. MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. O abandono moral e a alienação parental como causadores de danos morais indenizáveis nas relações paterno-filiais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 547/550. MADALENO, Ana Carolina Carpes. Indenização pela prática da alienação parental e imposição de falsas memórias. In: MADALENO, Rolf. BARBOSA, Eduardo. *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 29/30.

⁴¹ Conforme prevê o autor Wladimir Paes de Lira. LIRA, Wladimir Paes de. Responsabilidade civil na alienação parental: uma análise nos sistemas jurídicos português e brasileiro. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 3, p. 47-104, agosto 2015. Disponível em: <<http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/2.-Wladimir-Paes-de-Lira.pdf>>. Acesso em: 26.mai.19. p. 99.

medicamentos, por exemplo, resguardando, assim, os danos mensuráveis em pecúnia), além da possibilidade indenizatória e independente das demais pela perda da chance, a julgar a frustração da chance de evitar o prejuízo consolidado pela privação do direito à convivência que poderia ter sido nutrido no caso do desdobramento de relacionamento saudável entre genitor e filhos.

Portanto, tendo como fundamento a Teoria da Perda de Uma Chance como uma lesão a um interesse aleatório, num eventual panorama em que uma criança ou adolescente, distanciado do genitor em decorrência da alienação parental praticada pelo guardião, não apresentasse quaisquer intercorrências ou danos psíquicos que caracterizassem danos morais ou não tivesse quaisquer gastos que ensejassem uma indenização a título de danos materiais, ainda assim estaria sujeito à indenização. O que se indeniza, nesta hipótese, é exclusivamente a perda da chance da convivência entre filho e genitor, sendo evidente a natureza de dano extrapatrimonial, uma vez que o resultado que poderia ter sido obtido aduz uma questão existencial e não patrimonial. A indenização a título de danos morais, materiais e pela chance perdida de convivência com o genitor, na seara do direito das famílias, mais especificamente, em casos de alienação parental, logo, restariam como independentes.

Neste diapasão, é consoante o entendimento do doutrinador Daniel Carnaúba, segundo o qual, “em alguns casos de perda de chances, é possível que a vítima venha a sofrer outros danos de cunho moral, além da lesão ao interesse aleatório.”. Para ilustrar tal hipótese, dispõe o caso de um esportista impedido de participar de uma competição decisiva em sua carreira. Assim, “sob a ótica da reparação de chances, a vítima foi privada da oportunidade de consagrar-se vitoriosa na competição.”. Esta diz respeito à lesão a um interesse aleatório, “que deverá ser reparada através de uma indenização proporcional às suas probabilidades de vitória e às benesses materiais e morais decorrentes de uma conquista dessa estirpe.”. Todavia, o autor prevê que, além do interesse na possível vitória, “o evento poderia representar algo em si estimado pelo atleta” – citando, ademais, o caso do maratonista Vanderlei Cordeiro de Lima na Olimpíada de Atenas, em 2004, o qual, enquanto “ocupava a primeira posição da maratona, foi injustamente atrapalhado por um espectador que o segurou nos momentos finais da corrida.”. Nesta situação, “além da simples oportunidade de receber o prêmio, a injusta exclusão provocou um dano à integridade moral da vítima.”. Assim, como expõe o autor, “a depender da importância do interesse em questão”,

vislumbra-se a possibilidade da indenização pela chance perdida cominada com um dano moral autônomo que também enseja direito à reparação.⁴²⁴³

Na hipótese do caso em tela, qual seja, de chance perdida de conteúdo extrapatrimonial, as balizas para fixação do *quantum* a título de indenização devem seguir as usualmente aplicadas para indenizações por dano moral⁴⁴, sendo vinculadas a elementos individuais a depender do caso concreto, o que, lamentavelmente, traz problemas de insegurança jurídica. O valor arbitrado a título de indenização pela perda da chance ficará a critério do Magistrado; a respeito da quantificação, Fernando Noronha assim elucida:

[...] A determinação do quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado vai depender da probabilidade, maior ou menor, que havia de que o resultado se concretizasse. [...] Essa probabilidade há de ser traduzida numa *percentagem* sobre o valor do benefício que o lesado teria, se a vantagem desejada se concretizasse, cuja inocorrência constitui o chamado *dano final*.⁴⁵

Consoante os ensinamentos do referido doutrinador, a reparação pela perda da chance tem como medida a extensão do dano, sendo, assim, integral, tendo a chance perdida um valor menor que o auferível enquanto dano final.⁴⁶ Possui entendimento de acordo o atual ministro do Superior Tribunal de Justiça, Paulo de Tarso Sanseverino, segundo o qual:

Verifica-se, assim, que o princípio da reparação integral tem plena aplicação na responsabilidade por perda de uma chance. Sua incidência, porém, não é sobre o montante total do dano final, mas

⁴² CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce (Coords). – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013. p. 172/173.

⁴³ EDcl no AgRg no AI 1.916.957/DF, Rel. Min. Isabel Galloti, j. em 10.04.2012: ainda que esse acórdão tenha negado a reparação moral pretendida pela vítima, *a decisão evidencia que as lesões a interesses extrapatrimoniais não se confundem com a lesão às expectativas aleatórias*. (destaquei) apud CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce (Coords). – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013. p. 172.

⁴⁴ Cumpre destacar o critério bifásico de fixação de danos extrapatrimoniais, implantado pelo STJ. “Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em um grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.” STJ, 3ª T., REsp 1.152.541/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 13.09.2011. DJe 21.9.2011 apud FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 365.

⁴⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 721.

⁴⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 721.

busca reparar, do modo mais completo possível, a chance perdida. A determinação de ressarcimento do valor correspondente ao dano final, salvo as hipóteses em que a chance perdida seja efetivamente de 100%, afrontaria a função indenitária do princípio da reparação integral, ultrapassando-se a extensão efetiva dos prejuízos sofridos.⁴⁷

Nesta senda, sob a égide do princípio da proteção integral a crianças e jovens, que emana de diretrizes constitucionais e consagra um tratamento especial a estes indivíduos em peculiar fase de desenvolvimento, lhes assegurando, com prioridade absoluta, insta recapitular, o direito à vida, à liberdade, à saúde, à convivência familiar e ao respeito, por exemplo, estando também a salvo de toda forma de negligência, exploração, violência, crueldade e opressão, consoante previsão do art. 227 da CRFB/88, bem como dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, consigna-se como plausível, além da indenização por danos morais e materiais, a reparação indenizatória com fulcro na Teoria da Perda de Uma Chance, pelos prejuízos decorrentes da prática da alienação parental por um dos genitores, contanto que dela decorra a ruptura do convívio saudável e da manutenção dos laços entre o outro genitor e a criança ou adolescente, sendo esta a condição própria da indenização pela chance perdida.

5. Considerações Finais

Sabe-se, conforme buscou elucidar o trabalho em tela, que a alienação parental praticada por um genitor constitui, ao menos, exercício disfuncional do poder familiar, sendo inadmissível, uma vez que crianças e adolescentes são indivíduos em peculiar fase da vida e sujeitos de direitos fundamentais (tal como a dignidade da pessoa humana, prevista no Art. 1º, inciso III, da Carta Magna). A matéria demanda relevante atenção, haja vista a garantia primordial à proteção integral da população infanto-juvenil preconizada pela CRFB/88.

A Teoria da Perda de Uma Chance vem ganhando cada vez maior aceitação nos tribunais brasileiros, constituindo meio para proporcionar a indenização pecuniária à vítima nos casos em que a alienação parental perpetrada por um dos genitores implicou a perda do convívio do filho com o outro genitor, configurando tal hipótese uma indenização, de natureza extrapatrimonial, autônoma. Em se tratando de uma situação

⁴⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral* – indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 173.

familiar extremamente complexa, vislumbra-se tal resposta judicial como passível de ser conjugada a indenizações a título de danos morais e materiais, eventualmente, a depender da análise do caso concreto e aferição dos pressupostos, com o intento de efetivar prudentemente a tutela das crianças e adolescentes envolvidos. Saliente-se a necessidade de cautela dos julgadores para atribuir um valor à efetiva chance perdida, não equiparando nem coincidindo a eventuais danos morais, uma vez que se repara a chance perdida, e não o dano final.

Por não constarem julgados acerca do tema delineado, faz-se pertinente a discussão acerca da indenização nos casos em que comprovada a alienação parental e a resultante perda da chance de convivência entre menor e genitor, visando assegurar a máxima aplicabilidade dos preceitos constitucionais e do ECA às relações interpessoais e familiares. Este instrumento pode se mostrar positivo como meio para elidir a concretização de tal prática e suas decorrentes mazelas.

Legislações Consultadas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019

BRASIL. *Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 02 jun. 2019.

Referências Bibliográficas

BARRETO, Luciano. Evolução Histórica e Legislativa da Família. *Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13. v.1*, p.205-214. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/seriemagistrado13.html>>. Acesso em: 01 mai.19

CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012

CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce (Coords). – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2014

CHADI, Ricardo. *Natureza jurídica do dano decorrente da perda de uma chance*. 2017. 235 p. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017

DEL PRIORE, Mary (Org.). *História das mulheres no Brasil*. São Paulo, SP: Contexto, 2018

Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362>> Acesso em: 04.mai.19

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016

FONSECA, Priscila. Síndrome de Alienação Parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 267-276.

GIRARDI, Viviane. Os aspectos jurídicos da alienação parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 267-286.

LIRA, Wladimir Paes de. Responsabilidade civil na alienação parental: uma análise nos sistemas jurídicos português e brasileiro. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 3, p. 47-104, agosto 2015. Disponível em: <<http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/2.-Wladimir-Paes-de-Lira.pdf>>. Acesso em: 26.mai.19.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. Indenização pela prática da alienação parental e imposição de falsas memórias. In: MADALENO, Rolf. BARBOSA, Eduardo. *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 15-31.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. O abandono moral e a alienação parental como causadores de danos morais indenizáveis nas relações paterno-filiais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 529-550.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2013

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanchez. *Estatuto da criança e do adolescente: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva, 2017

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2013

STJ, Resp. 1.079.185 - MG. Rel. Min. Nancy Andrichi, j. em 11.11.2008

STJ, 3ª T., REsp 1.152.541/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 13.09.2011. DJe 21.9.2011

STJ, 3ª T., REsp 1291247 - RJ (2011/0267279-8), Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 19.08.2014

STJ, 4ª T., REsp 788459 - BA 2005/0172410-9, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 08.11.2005, DJe 13.03.2006

STJ, 4ª T., REsp 1.190.180 - RS (2010/0068537-8), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 16.11.2010

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/alienacao-parental/>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

TJRS, 10ª C.C., Ap. Cív. 70045998424. Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz. j. em 16.02.2012

TJRS, 16ª C.C., Ap. Cív. 70041115940. Rel. Des. Ana Maria Nedel Scalzilli. j. em 09.08.2012

TRINDADE, José. Síndrome da Alienação Parental. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. São Paulo: RT, 2008