

HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO DE FAMÍLIA

Danilo Haddad Jafet

1. Introdução. 2. Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance. 2.1. Nascimento e Evolução do Instituto no Direito Estrangeiro. 2.2. Histórico da Perda da Chance no Direito Brasileiro. 2.3. Natureza Jurídica do Dano Decorrente das Chances Perdidas. 2.4. Seriedade das Chances Perdidas. 2.5. Quantificação do Dano Decorrente da Perda da Chance. 2.6. Enunciado nº 444 da V Jornada de Direito Civil. 3. Perda da Chance no Direito de Família. 3.1. Perda da Chance por Abandono Afetivo. 3.2. Perda da Chance de Convívio Familiar. 3.2.1. Perda da Chance de Convívio por Ocultação de Gravidez. 3.2.2. Perda da Chance de Convívio Decorrente de Aborto. 3.2.3. Perda da Chance de Convívio Decorrente de Alienação Parental. 3.3. Perda da Chance de Obter Pensão Alimentícia. 3.4. Perda da Chance Decorrente do Término de Relação Amorosa. 3.4.1. Perda da Chance x Pensão Compensatória. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO



responsabilidade civil é um dos ramos mais clássicos do Direito Civil, mas que se torna cada vez mais atual e relevante para que os indivíduos e, mais recentemente, para que toda a coletividade encontrem

justiça, conforme as sociedades se desenvolvem ao longo do tempo. Tradicionalmente situado no campo do direito privado, com forte caráter individualista, a função primordial do instituto é a de cuidar da reparação de danos causados ao indivíduo pela violação de deveres e obrigações legais.

No passado, a responsabilidade civil estava centrada na ilicitude da conduta e pressupunha que o ofensor agisse com culpa. Os avanços tecnológicos, o crescimento populacional acelerado, a nova lógica de produção industrial e a intensificação das relações sociais urbanas, cada vez mais complexas e dinâmicas, foram responsáveis pela detecção de diversos riscos já existentes à época da Revolução Industrial, mas ainda não muito frequentes e pela identificação de diversas novas ameaças à segurança pessoal dos indivíduos.

Em muitas destas situações, a vítima de determinado dano não conseguia reunir os elementos necessários para comprová-lo. Foi preciso mudar o foco da responsabilidade civil, que passou do estudo da culpabilidade do agente para a análise objetiva da reparação da vítima. Desenvolveu-se, a partir desta mudança de perspectiva, a teoria da responsabilidade objetiva.

O caráter essencialmente individualista do instituto foi dando lugar a ideais de cunho efetivamente solidarista e a responsabilidade civil passou a ser encarada como uma reação contra o dano injusto. Este contexto passou a admitir a verificação e a reparação de novas espécies de danos, decorrentes dos novos fenômenos políticos, ambientais, econômicos e sociais. Os requisitos clássicos da responsabilidade civil vêm sofrendo alterações inegáveis, permitindo inclusive que se cogite a ideia de conceder indenização pela perda da chance de se alcançar resultados favoráveis ou de se evitar resultados danosos.

Apesar de todos os avanços relacionados com o desenvolvimento da responsabilidade civil, sempre houve elevado grau de resistência em se recorrer ao instituto para resolver

problemas havidos no campo do Direito de Família. A esfera do direito familiar envolve relações muito delicadas e íntimas, relacionadas aos sentimentos mais profundos e que conectam os seres humanos de forma bastante complexa. Grande parte da doutrina teme, compreensivelmente, que o recurso desmedido à responsabilidade civil possa significar a monetarização das relações existenciais familiares.

A despeito dos legítimos anseios compartilhados pela doutrina, fato inegável é que, não raras vezes, dentro do âmbito familiar, indivíduos cometem atos em contrariedade a seus deveres familiares, ferem princípios constitucionais e desrespeitam direitos fundamentais intimamente ligados ao Direito de Família, tais como os direitos de personalidade, da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade. Afastar a incidência de responsabilidade civil no direito de família seria incentivar a injustiça no campo das relações consideradas mais sagradas para a humanidade.

No presente trabalho, objetiva-se analisar situações em que se possa recorrer à responsabilidade civil pela perda de uma chance para reparar danos advindos de diversas espécies de condutas ilícitas envolvendo os mais variados aspectos do Direito de Família, apoiando-se, essencialmente, nos ensinamentos da doutrina especializada e na análise de casos concretos submetidos ao crivo do judiciário. Para tanto, primeiramente, curial tecer breves considerações sobre o instituto das chances perdidas, seu nascimento, sua evolução no direito internacional e no cenário brasileiro, bem como um rápido estudo acerca de sua natureza jurídica e seus elementos constituintes, para, em seguida, verificar sua aplicação no campo das relações familiares.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

2.1. NASCIMENTO E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Reputa-se a França como palco de nascimento da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. O primeiro caso de que se tem notícia em que o instituto das oportunidades perdidas foi aplicado por uma corte francesa data de 17 de julho de 1889, ocasião em que a Corte de Cassação Francesa teria concedido indenização a um requerente pela má condução de demanda judicial por um oficial ministerial, resultando na extinção de todas as possibilidades de a demanda lograr êxito¹. Desde então, os tribunais franceses vêm concedendo indenização nas situações mais diversas, tais como pela perda da chance: (i) de obter êxito em competição esportiva; (ii) pela quebra do dever de informar; (iii) de obter êxito em demanda judicial; (iv) de celebrar contratos lucrativos; (v) de obter alimentos no futuro; e (vi) de auferir melhor condição social.²

Na França, há um grau significativo de distanciamento entre o posicionamento teórico da doutrina, que se dedica a questões bastante complexas envolvidas no estudo e na aplicação da teoria, bem como seus limites, e a permissividade dos tribunais, que concede indenização nas situações mais criati-

¹ Embora a doutrina divulgue amplamente este caso como sendo o *leading case* francês, Daniel Amaral Carnaúba assevera que, na verdade, nesta hipótese, a perda de uma chance sequer teria sido aventada por qualquer das partes e tampouco a ela teriam recorrido os juízes para julgar, tendo se socorrido do método das presunções: “*considerou-se que a apelação estava fadada ao fracasso e que por isso o erro do huissier não teria causado prejuízos de qualquer espécie ao seu cliente*”. O julgado francês mais antigo encontrado por Carnaúba que, de fato, trata da perda da chance, data de 1932. Se confirmado este dado, pode-se questionar a real origem do instituto, haja vista que o primeiro julgado inglês se deu em 1911, o famoso caso *Chaplin v. Higs*. CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance – A Álea e a Técnica*. São Paulo: Método, 2013. p 95 – 96 e 105.

² PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.156 - 177.

vas, de forma indistinta, sem a legítima preocupação com a análise da natureza jurídica das chances perdidas.

O estudo da perda de oportunidades também foi bastante consolidado na Itália, a partir da década de 1940, quando Giovanni Pacchioni fez as primeiras ponderações acerca do valor das chances frustradas. Para o professor da Universidade de Milão, as vítimas não teriam interesse jurídico para obter indenização, pois *“uma simples possibilidade, uma chance, tem sim um valor social notável, mas não um valor de mercado”*.³

Em 1966, o renomado professor Adriano de Cupis rompeu o paradigma clássico ao afirmar, com convicção, que o dano decorrente da chance perdida seria claramente diverso do dano final e deveria ser enquadrado como dano emergente, passível de ser indenizado:

“A vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor pretendeu garantir, já existe, talvez em reduzidas proporções, no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo que se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada”.⁴

Maurizio Bocchiola trouxe importantes contribuições ao desenvolvimento doutrinário do tema na Itália. O jurista publicou artigo em que definia o dano decorrente das chances perdidas como presente, atual. A oportunidade deveria ser considerada como espécie de propriedade da vítima anterior ao evento danoso, caracterizando-se, assim, a certeza do dano, que não deveria jamais ser confundido com o dano final. Bocchiola ainda estabeleceu a premissa posteriormente adotada pela jurisprudência de que só seria indenizável o dano decorrente da perda da chance superior a 50%. Oportunidades inferiores a

³ PACCHIONI, Giovanni, apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 8.

⁴ De Cupis, Adriano, apud SAVI, Sérgio, op. cit., p. 11.

50% não deveriam ser consideradas sérias e reais a ponto de gerar direito a reparação.

Nos Estados Unidos, a doutrina e a jurisprudência não possuem entendimento uníssono sobre os vários aspectos que envolvem a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. O federalismo norte americano e a ampla autonomia de cada Estado-membro, inclusive no campo judicial, contribuíram para o desenvolvimento de diversas correntes que examinam a seriedade das chances perdidas. Ainda assim, grande parte da jurisprudência tradicionalmente adota a regra *most likely than not*, pela qual a oportunidade será considerada séria e real quando for superior a 50%. No tocante ao montante da indenização, adota-se, comumente, a regra *all or nothing*. Assim, chances perdidas superiores a 50% acabam sendo equiparadas ao dano final e as vítimas recebem indenização integral, enquanto vítimas de chances ceifadas iguais ou inferiores a 50% não recebem qualquer indenização. Os professores David Fisher e Joseph King Jr. são os principais opositores dessa tendência, que consideram extremamente injusta, porque ora exagera na proteção da vítima, com indenizações indevidamente elevadas, ora beneficia injustificadamente o ofensor, ao negar qualquer valor à chance perdida.

2.2. HISTÓRICO DA PERDA DA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO

Embora a teoria da perda de uma chance não tenha sido tradicionalmente objeto de estudo aprofundado da doutrina nacional, já na década de 30 do século passado, Carvalho Santos chegou a abordar o tema em seu Código Civil comentado. Na ocasião, o comentarista não enxergou indenizável a perda da oportunidade de uma pessoa sagrar-se vitoriosa em processo judicial por falha do advogado contratado que não havia apre-

sentado o recurso cabível tempestivamente.⁵

Na mesma década, ao analisar caso semelhante, José de Aguiar Dias atacou a sentença e o acórdão do 1º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, que haviam isentado um advogado pela perda do prazo recursal. Nas palavras do jurista, “*Confundiram-se o na debeatur e o quantum debeatur, por má informação sobre o conceito de dano. Sem dúvida que este deve ser certo e provado desde logo na ação. Mas o dano, na espécie, era a perda de um direito, o de ver a causa julgada na instância superior. Se a vitória não podia ser afirmada, também o insucesso não o podia*”.⁶

Foi o renomado jurista Agostinho Alvim que, anos mais tarde, trouxe as primeiras contribuições mais profundas ao estudo das chances perdidas. Em seu clássico “*Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*”, o autor trouxe conclusões refinadas ao entendimento de José de Aguiar Dias, ao enxergar a não apresentação de recurso dentro do prazo como dano dotado de algum grau de certeza e, portanto quantificável, e, sobretudo, independente do resultado final pretendido pela vítima - efetiva reforma da decisão não recorrida.⁷

Nas décadas que sobrevieram, todos os grandes autores de manuais de Direito Civil, como Caio Mário da Silva Pereira,

⁵ “Somente quando haja possibilidade de reforma da sentença é que o advogado ficará obrigado a recorrer, a não ser que o seu constituinte se oponha. Mas, ainda ali, parece duvidoso o direito do constituinte, de poder exigir qualquer indemnização, precisamente porque não lhe será possível provar o damno, de vez que lhe será impossível provar que a sentença seria efectivamente reformada”. - CARVALHO SANTOS, J.M. de. *Código Civil Interpretado*. 2 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. v. 21, p 321 - 322.

⁶ AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 10 ed. revista e aumentada, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p 297.

⁷ Agostinho Alvim enfrentou até mesmo a difícil questão da quantificação do dano decorrente das chances perdidas: “No exemplo figurado, os peritos técnicos, forçosamente advogados, fixariam o valor a que ficara reduzido o crédito após a sentença da primeira instância, tendo em vista, para isso, o grau de probabilidade de reforma da mesma, de modo a estabelecer-se a base negociável desse crédito”. - ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 191-192.

Miguel Maria de Serpa Lopes, Sílvio de Salvo Venosa e Maria Helena Diniz, passaram a dedicar algumas linhas ao estudo da perda de uma chance, ainda que sem dar a atenção que o tema merece ou discutir as questões mais complexas dele decorrentes.

Os dois primeiros trabalhos monotemáticos a versar de forma pormenorizada sobre a *perte d'une chance* no Brasil são de autoria de Sérgio Savi e Rafael Peteffi da Silva. A partir da análise da evolução do instituto no direito italiano, Sérgio Savi passa ao estudo de sua aceitação pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, fixando importantes premissas. Rafael Peteffi da Silva aborda o temário de maneira ainda mais profunda. A partir da exposição do desenvolvimento da teoria na França e nos países de *Common Law*, o estudioso traça todos os elementos principais dessa espécie de dano indenizável.

2.3. NATUREZA JURÍDICA DO DANO DECORRENTE DAS CHANCES PERDIDAS

Os casos clássicos de responsabilidade civil pela perda de uma chance são aqueles em que determinada conduta lesiva de um terceiro acaba por retirar da vítima todas as chances de se obter um resultado favorável. É necessário que a conduta do terceiro interrompa, totalmente, o processo aleatório que poderia ter culminado no resultado final caso o terceiro não tivesse agido, embora isso não fosse certo. A chance tem valor patrimonial autônomo, diverso do valor patrimonial do resultado final pretendido e, por isso mesmo, havendo causalidade entre a conduta lesiva e a própria perda da chance, nasce um dano também independente e indenizável por si só.

Há uma segunda modalidade de responsabilidade civil pela perda de uma chance de se evitar um dano que aconteceu, justamente porque o processo aleatório não foi interrompido quando poderia ter sido, privando a vítima da oportunidade de

ver o resultado danoso afastado. Diferentemente dos casos clássicos de perda de uma chance, em que o resultado pretendido jamais chegou a ocorrer e a análise do dano se faz em direção ao futuro, aqui o resultado indesejado ocorreu e, por isso mesmo, as chances são analisadas no passado. A princípio, nada garante que, caso a conduta do ofensor não tivesse se dado, o dano não teria ocorrido.⁸

Os exemplos mais frequentes da perda da chance de evitar resultado desfavorável estão na seara médica, em que a negligência do profissional da saúde contribuiu, ou pode ter contribuído, para a ocorrência do dano final, ocasionado pela evolução da doença e/ou pela privação ou diminuição das chances de cura.

Por muito tempo se discutiu sobre a natureza jurídica do dano decorrente da perda de uma chance. Os principais opositores da teoria confundiam-no com o dano final pela não obtenção do resultado favorável, enxergando caráter de lucros cessantes pela própria perda da vantagem esperada. Esse raciocínio não permite verificar o necessário requisito da certeza do dano, haja vista a impossibilidade de comprovação de nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano final.

A partir do momento em que se passou a admitir valor econômico à chance, foi possível enxergar a existência de dano autônomo decorrente da perda da oportunidade, desassociado do dano final. Não se trata, portanto de lucros cessantes originados com a frustração da vantagem esperada, mas de verdadeiro dano emergente, certo e determinável, relacionado ao decréscimo patrimonial sofrido pela vítima com a retirada da chance de seu patrimônio.⁹

⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 668.

⁹ Nas palavras de Judith Martins-Costa: “Embora a realização da chance nunca seja certa, a perda da chance pode ser certa. Por estes motivos não vemos óbice à aplicação, criteriosa, da teoria. O que o art. 403 afasta é o dano meramente hipotético, mas, se a vítima provar a adequação do nexo causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados

É importante asseverar que as conclusões tiradas até o momento quanto à natureza jurídica do dano decorrente das chances perdidas – se lucros cessantes ou dano emergente – aproveita apenas as situações em que o resultado final esperado fosse apto a gerar vantagens patrimoniais à vítima. Isso não significa, contudo, que não se possa admitir a ocorrência de danos extrapatrimoniais decorrentes da perda de uma chance, muito embora na grande maioria dos casos se esteja diante de danos eminentemente patrimoniais.

Podem haver situações em que o resultado final desejado envolve, além de valor patrimonial, aspectos extrapatrimoniais. Nesses casos, impõe-se a concessão de indenização tanto pelos danos materiais quanto pelos danos morais decorrentes da chance perdida. Por fim, nada impede que a vantagem pretendida não possua caráter patrimonial algum, mas natureza exclusivamente extrapatrimonial, em que a perda de uma chance dará lugar a danos exclusivamente morais¹⁰, como é o exato caso das situações que serão posteriormente analisadas neste artigo. Na verdade, a natureza do dano a ser indenizado pelas oportunidades perdidas está intimamente relacionada com a natureza do resultado final esperado, que pode ser patrimonial, extrapatrimonial ou dúplice.

2.4. SERIEDADE DAS CHANCES PERDIDAS

Ultrapassada a questão da natureza jurídica do dano, é importante fazer um breve estudo sobre a seriedade das chan-

estarão os pressupostos do dever de indenizar”. - MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 362.

¹⁰ Antônio Jeová dos Santos traz diversos exemplos de danos morais indenizáveis pela perda de uma chance, como no caso da mulher que sofre deformidade capaz de deixar-lhe sem probabilidade de se casar, ou do homem vítima de acidente que fique impotente e, portanto, privado da oportunidade de praticar sexo. SANTOS, Antonio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 – p. 107.

ces perdidas. É pacífico na doutrina e na jurisprudência pátrias que somente as chances sérias e reais devem dar ensejo a indenização. O elemento da certeza do dano também se presta para a verificação do surgimento ou não da obrigação de reparação dos prejuízos causados pela perda da oportunidade. Danos demasiadamente hipotéticos, decorrentes da privação de meras possibilidades de obtenção de resultado favorável ou de simples esperanças por demais abstratas de atingi-lo, não devem dar direito a qualquer tipo de indenização. Isso não significa, contudo, que somente o dano cuja ocorrência seja absolutamente certa será reparável, justamente porque nesse campo, a certeza jamais será absoluta – do contrário, se estaria diante do próprio dano final e não haveria sentido sequer considerar a possibilidade de se indenizar a oportunidade ceifada. Por isso, a análise da certeza do dano deve passar, necessariamente, por um juízo de probabilidade de realização do resultado esperado, como já acertadamente afirmava Maurizio Bochiolla.¹¹

A impossibilidade de fixar um limite exato e matemático que separe o “aleatório” do “provável” inviabiliza a construção de uma definição estática para a seriedade das chances perdidas. Talvez por isso Philippe le Torneau, na França, e Maurizio Bocchiola, na Itália, tenham chegado à mesma conclusão: a verificação da seriedade das chances perdidas não é um problema de natureza, mas de graduação. O magistrado deverá, então, analisar o caso concreto para averiguar se a oportunidade perdida era ou não séria e real. Como ferramenta para tanto, poderá se valer do recurso da estatística e do estudo da probabilidade de ocorrência do resultado final. Se, mesmo assim, surgirem dificuldades nesse processo de valoração, o juiz ainda contará com o princípio da razoabilidade para concluir pela seriedade ou não da chance perdida.

Enquanto na Itália doutrina e jurisprudência optaram pela possibilidade de indenização apenas quando superado o

¹¹ BOCCHIOLA, Maurizio, apud SAVI, Sérgio, op. cit., p. 17

percentual de 50% de chance de ocorrência do resultado, na França não se estipulou nenhuma gradação mínima. A análise feita pelos tribunais franceses é bastante individualizada, caso a caso. No Brasil, em grande parte das vezes, não se observa qualquer parâmetro quando da análise da seriedade da chance perdida – isso, quando esta análise é feita, ainda que de forma bem simplificada.

Em grande parte dos casos de responsabilidade pela perda da chance, a vítima vê retirada de seu patrimônio a chance de, no futuro, obter resultado vantajoso. Nesses casos, a verificação da seriedade da chance perdida também deve levar em conta o lapso temporal entre o evento danoso que aniquilou a chance e o momento em que ela poderia ter sido utilizada para atingimento da vantagem futura pretendida. Em regra, quanto maior for o lapso temporal, menor será a seriedade da chance perdida, porque maiores serão as possibilidades de algum evento externo ter sido o motivo do não atingimento do resultado esperado pela vítima. Pautada nesse critério, a Corte de Cassação francesa negou indenização a um menino de nove anos que havia pleiteado indenização pela perda da chance de auferir profissão bem remunerada decorrente de acidente que havia deixado a criança incapacitada de praticar certas atividades manuais e comprometido seu desempenho escolar¹².

2.5. QUANTIFICAÇÃO DO DANO DECORRENTE DA PERDA DA CHANCE

Outro ponto que merece atenção é a quantificação do dano decorrente das oportunidades perdidas. Deve-se partir da premissa de que o valor a ser indenizado pelo dano decorrente

¹² PETEFFI DA SILVA, Rafael. *A Responsabilidade pela perda de uma chance, rico exemplo de circulação de modelos doutrinários e jurisprudenciais*. p. 5 - Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/a-responsabilidade-pela-perda-de-uma-chance-rico-exemplo-de-circulacao-de-modelos-doutrinarios-e-jurisprudenciais-por-rafael-peteffi-da-silva/>

da perda de uma chance será sempre menor do que o valor atribuído ao resultado futuro – do contrário, a distinção da perda da chance e da perda do próprio resultado vantajoso não faria sentido. Em verdade, o cálculo para se alcançar o valor devido a título de indenização é, em teoria, simples, porque o valor da chance é igual à multiplicação do valor do resultado final pela probabilidade da sua concretização.¹³

Embora na teoria não haja grandes problemas quanto à quantificação do dano decorrente da perda de uma chance, na prática, a realidade é bem diversa. São poucos os casos em que os passos acima sugeridos são seguidos de forma rigorosa pelos juízes. Isso significa que, muitas vezes, a indenização concedida para a vítima acaba sendo menos justa do que deveria – seja para a própria vítima, quando o valor fixado fica aquém do real valor do dano, seja para o ofensor, quando o valor fixado fica além do real valor do dano.

2.6. ENUNCIADO Nº 444 DA V JORNADA DE DIREITO CIVIL

Em 2012, foi editado o Enunciado nº 444 da V Jornada de Direito Civil, de autoria do Professor Rafael Peteffi da Silva, para dar cabo a pelo menos duas questões polêmicas já enfrentadas por este artigo. Quanto à natureza jurídica do dano decorrente da perda de uma chance, diz o enunciado que: *“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”*. Ao versar sobre a seriedade das chances perdidas, o enunciado refuta

¹³ Segundo Flávio Higa, a valoração da chance perdida pode ser expressada pela seguinte fórmula matemática: $PC = RF \times P$, em que “PC” significa o valor da chance perdida, “RF” quer dizer “resultado final” e “P” é igual à probabilidade de concretização do resultado final. HIGA, Flávio da Costa. *A Perda de uma Chance no Direito do Trabalho*. São Paulo, 2011, p. 250.

o corte percentual feito pelos italianos e parte da doutrina americana que defende a regra *most likely than not*. Segundo a parte final do enunciado: “*a chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos*”.

3. PERDA DA CHANCE NO DIREITO DE FAMÍLIA:

Traçados os principais pontos acerca do instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance, já é possível adentrar no cerne deste artigo, que consiste na verificação de hipóteses de aplicação da teoria em relações que envolvem, de certa forma, direito de família. É o que se passará a fazer ao longo deste terceiro tópico.

3.1. PERDA DA CHANCE POR ABANDONO AFETIVO

Nesse tópico, será examinada a possibilidade aplicação da teoria da perda de uma chance por abandono afetivo praticado por um dos genitores em prejuízo do filho. Antes de se passar à efetiva análise proposta, é relevante tecer brevíssimas considerações sobre o abandono afetivo.

Muitos estudiosos do Direito de Família, por muito tempo, sustentaram a impossibilidade de se indenizar ou compensar danos sofridos por filhos decorrentes do descumprimento de deveres parentais dos genitores. O discurso comum é aquele de que não se poderia punir o pai que comete abandono afetivo, porque ninguém pode ser obrigado a amar. O Direito deveria respeitar o livre arbítrio das pessoas quanto às trocas afetivas no âmbito das relações familiares.

Como ensina o Professor José Fernando Simão, é inadmissível a confusão entre afeto e outros conceitos, como amor, carinho, respeito e consideração¹⁴. O Jurista conta que, justa-

¹⁴ SIMÃO, José Fernando. “*O afeto em xeque e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*”. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-abr-12/processo->

mente por misturar estas categorias, o STJ, em 2005, afastou indenização por abandono afetivo¹⁵. Em 2012, contudo, a Ministra Nancy Andrighi, ao analisar caso semelhante, foi bastante didática ao diferenciar o abandono afetivo, ilícito que dá ensejo à responsabilidade civil, do simples abandono amoroso:

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

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

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

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever”.

Em 2011, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina deu solução inovadora para um caso de desamparo material¹⁶. Em resumo, um homem ajuizou demanda em face de seu pai, pela qual alegou ter sido vítima de abandono afetivo e material. Segundo os fatos narrados, somente recentemente o pai teria reconhecido a paternidade, embora ao longo de toda a vida do filho nunca tenha negado sua condição de pai, até porque, morou com ele e sua mãe durante os primeiros três anos de vida do filho. Mesmo assim, o pai foi praticamente ausente na criação da criança, com quem se recusou a conviver e a quem tampouco prestou o suporte material necessário para que pudesse

familiar-superior-tribunal-justica-afeto-valor-juridico2

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.411-MG, julgado em 29 de novembro de 2005. Relator o Ministro Fernando Gonçalves.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 2010.000379-1, julgado em 12 de julho de 2010. Relatora a Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

se desenvolver dignamente.

O TJSC acompanhou o entendimento do juízo de primeiro grau no tocante à impossibilidade de concessão de indenização por abandono afetivo, seguindo a máxima bastante difundida pela jurisprudência, segundo a qual *“não se pode obrigar a gostar de quem quer que seja, nem mesmo dos próprios filhos”*. Embora a relatora tenha feito a comum confusão entre afeto e amor, para afastar indenização pelo abandono afetivo, o interessante recai sobre a parte da decisão que, também em consonância com a sentença, reconheceu a obrigação de compensação por danos morais sofridos com o abandono material.

Segundo a relatora, Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, o abandono material do filho, desde que voluntário e injustificado, configura violação aos deveres funcionais insculpidos nos incisos I e II do artigo 1.634 do Código Civil. O pai concedeu tratamento distinto a seus outros filhos, que receberam o necessário suporte para a boa criação, e ao autor, que era considerado mero agregado e recebia algumas esmolas e favores diminutos, em caráter muito eventual. Enquanto outro filho do réu se graduou em Direito por universidade particular, custeada pelo pai, o autor foi analfabeto até os 22 anos. Diante desse cenário de completo descaso do genitor, a relatora conclui:

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

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 fu-

tura por fato ou ato antijurídico praticado por outrem (cf: NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. São Paulo, Saraiva, 2003, v. I, p. 665).

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 dessa natureza, isto é, "o prêmio da chegada", 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 ter sido trilhado mas que foi fechado justamente por ato ilícito e injustificado cometido por quem tinha o dever jurídico de abri-lo".

A aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance por abandono material pela Corte de segundo grau catarinense é bastante inovadora. Embora a doutrina já tenha se debruçado algumas vezes sobre o tema¹⁷, não se tem notícia de outras decisões nesse sentido no Brasil.

Não obstante seja elogiável o raciocínio da relatora, para fins didáticos, mostra-se valioso o questionamento acerca da seriedade da chance perdida de alcançar sucesso profissional no caso concreto. Como bem salientado pela julgadora, a perda da chance não objetiva reparar o "*prêmio de chegada*", mas como se viu na primeira parte deste trabalho, é necessário que a chance seja séria e real para ser alçada à categoria de probabilidade indenizável e não mera possibilidade, por demais abstrata ou simples desejo traduzido em dano demasiadamente hipotético.

Ao analisar a negativa da Corte de Cassação francesa de

¹⁷ Nesse sentido, é interessante o posicionamento de Antonio Dantas de Oliveira Júnior: "*O infante abandonado de maneira intencional, negligente, omissa, etc., pelos pais, perdeu a chance de desfrutar da plenitude em família e, por isso, a indenização é devida, inclusive, por ofensa ao princípio do solidarismo familiar. Agora, não configura a perda de uma chance o fato de um pai ou de uma mãe não dar carinho, amor e atenção ao filho, eis que sentimento é do espírito e não tem como ser quantificado*". OLIVEIRA JÚNIOR, Antonio Dantas de. "*A incidência do art. 186 do código civil brasileiro no abandono afetivo dos Pais. É possível?*". p. 7. Disponível em

http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Abandono%20afetivo%2005_10_2011.pdf

conceder indenização por perda da chance de auferir profissão bem remunerada a um menino de nove anos que, em razão de acidente, teve seu bom desempenho escolar prejudicado, bem como ficou incapacitado para realizar certas tarefas manuais, Yves Chartier pondera que não seria possível afirmar, com um mínimo de seriedade, que, não fosse a conduta dolosa do causador do acidente, o garoto terminaria seus estudos e alcançaria carreira bem sucedida. Diante do enorme lapso temporal entre o evento danoso e a vantagem pretendida, *“uma gama enorme de fatores poderiam influir no seu caminho até a idade adulta”*¹⁸.

Na hipótese *in comento*, contudo, embora fosse possível que o jovem se desvirtuasse do bom caminho que o levaria a obter profissão bem remunerada caso seu pai tivesse lhe prestado o auxílio necessário, fato é que, com a educação adequada, muito dificilmente teria ele persistido na condição de analfabeto por tanto tempo. Além disso, restou provado que, graças às condições oferecidas pelo pai, um irmão do autor cursou Direito em faculdade particular. Talvez os elementos trazidos não sejam suficientes para que se possa afirmar, com segurança suficiente, que o autor teria concluído curso superior parecido com o do irmão - embora fosse essa a tendência -, mas são suficientes para afirmar que, muito provavelmente, ele se encontraria em situação bastante menos gravosa do que a atual no momento em que propôs a ação. Aqui, pode-se concluir, então, que eventual discussão quanto à indenização não está no campo da seriedade da chance perdida, mas da gradação do dano decorrente dessa oportunidade que foi ceifada.

Vale dizer que todos os filtros da responsabilidade civil estão presentes no caso. O ato ilícito do pai, consubstanciado

¹⁸ PETEFFI DA SILVA, Rafael. *A Responsabilidade pela perda de uma chance, rico exemplo de circulação de modelos doutrinários e jurisprudenciais*. p. 5 - Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/a-responsabilidade-pela-perda-de-uma-chance-rico-exemplo-de-circulacao-de-modelos-doutrinarios-e-jurisprudenciais-por-rafael-peteffi-da-silva/>

na quebra culposa dos deveres inerentes à paternidade, causou o dano consubstanciado na perda da oportunidade do filho de atingir condição mais favorável.

3.2. PERDA DA CHANCE DE CONVÍVIO FAMILIAR

Algumas são as situações em que, pela conduta ilícita de terceiro, o genitor vê retirada de seu patrimônio a oportunidade de conviver com sua prole. O convívio familiar é direito da criança e do adolescente, garantido pelo artigo 4º da Lei Federal nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e dever dos pais. Hodiernamente, a doutrina especializada tem entendido que o direito à convivência não é exclusivo do filho, mas a ele também fazem jus os pais. Nesse sentido, quem retira de um genitor a chance de desenvolver relação afetiva com seu filho, por conduta culposa ou dolosa, deve responder pela violação do direito de convivência.

Quando a conduta danosa é de autoria do outro genitor, então, pode haver a quebra do dever anexo de lealdade entre os pais, desdobramento da boa-fé objetiva que deve permear as relações familiares. Desse modo, é inadmissível a conduta da mãe que oculta a paternidade do pai biológico, como será visto a seguir.

3.2.1. PERDA DA CHANCE DE CONVÍVIO POR OCULTAÇÃO DE GRAVIDEZ

O Direito de Família moderno admite duas categorias diversas de parentesco. O artigo 1.593 do Código Civil preceitua que as relações de parentesco podem advir de vínculo sanguíneo, o chamado parentesco natural, ou de vínculo civil, quando resultar de outra origem. São, então, subespécies de parentesco civil: (i) aquele formado com a adoção; (ii) o formado por afinidade entre um cônjuge ou companheiro e os

ascendentes, descendentes e irmãos do outro cônjuge ou companheiro; (iii) o proveniente dos vínculos parentais decorrentes de técnicas de reprodução assistida heteróloga; e (iv) o socioafetivo, decorrente da posse de estado de filho, que se perfilha ao longo da convivência afetiva e do mútuo reconhecimento da paternidade entre quem exerce o papel de genitor e o filho.

Esta rápida diferenciação entre as espécies de parentesco se mostrará importante para que se entenda o problema que será exposto a seguir.

Imagine-se que uma mulher tenha engravidado de um homem, não importa se a partir de relação sexual eventual ou fruto de um relacionamento mais sólido entre eles, e que, por algum motivo, ela decida ocultar a gravidez dele. Seguindo no exemplo, imagine-se que, em seguida, a mulher engrene um relacionamento estável com outro homem que assume a criança como se sua filha fosse e, mediante vínculo socioafetivo, torne-se seu pai por parentesco civil, inclusive registrando a criança em seu nome e exercendo o poder parental em sua plenitude, sendo reconhecido pela criança como pai. Suponha-se que, muitos anos mais tarde, o pai biológico acabe tomando conhecimento de seu parentesco natural com a criança. No momento em que o pai biológico descobre, já é tarde demais, porque a criança reconhece outro como pai, que, de fato é, nos exatos termos do artigo 1.593 do Código Civil. O que resta ao pai biológico que não teve a oportunidade de conviver com seu filho?

A psicóloga judicial Fernanda Otoni de Barros menciona caso verídico muito similar ao exemplo dado acima, em que o pai biológico ficou de mãos atadas diante da existência de fortes laços afetivos entre o pai registral e a criança, que o impediram definitivamente de exercer seu direito de convivência com sua cria¹⁹. O exercício da paternidade é, para a maioria dos homens, uma das experiências mais encantadoras e valio-

¹⁹ BARROS, Fernanda Otoni de. “Do direito ao pai: a paternidade no tribunal e na vida”. Belo Horizonte: Del Rey, 2ªed., 2005. p. 83.

sas que se pode experimentar. Sua violação por conduta de terceiro é capaz de atingir, visceralmente, a integridade psíquica do homem, trazendo-lhe verdadeira dor que transpassa a barreira dos meros inconvenientes e dissabores cotidianos e alcança a condição de dano moral digno de compensação.

A mãe conhecedora da identidade genética da criança que oculta a verdade do pai biológico de forma culposa viola o direito de convivência familiar entre eles. Com isso, o genitor vê retirada de si a oportunidade de exercer o convívio familiar pleno com seu filho e de estabelecer laços de afetividade próprios da relação parental, situação plenamente apta a ensinar a pretensão compensatória pela perda de uma chance.

Não se pode afirmar, com certeza, que, caso o pai biológico tivesse tido contato com a verdade no momento em que a mulher engravidou, sua relação com o filho teria sido satisfatoriamente saudável, o que nunca poderá ser verificado justamente porque a mãe, de forma dolosa, retirou a oportunidade de se atingir esse resultado favorável desejado. Como bem assevera Fernanda Carvalho Leão Barreto ao comentar o caso noticiado por Fernanda Otoni de Barros²⁰:

“O sucesso da solidificação e da continuidade de qualquer relação paterno-filial é visceralmente incerto, mas os esforços que o genitor empreendeu, no caso concreto, poderiam ser considerados um robusto indício de que, se a mãe não tivesse inviabilizado o processo de convivência, mormente pela substituição despótica dele por outro homem, a probabilidade de desenvolvimento dos laços afetivos entre pai e filha era grande”.

3.2.2. PERDA DA CHANCE DE CONVÍVIO DECORRENTE DE ABORTO

²⁰ BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. *A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance sua intersecção com o Direito das Famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades*. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1935/1471>

Há outras possibilidades de ocorrência de perda da chance de convivência familiar que se pode cogitar. É o caso da mulher grávida que decide que não quer ter o filho e, por vontade própria, provoca aborto com o intuito de perder o bebê, sem consentimento do futuro pai ou sem até mesmo que ele tenha conhecimento de toda a situação. Nesse caso, por ação da mulher, o homem que a tiver engravidado perde a oportunidade de ser pai e, futuramente, de conviver com o filho que nunca chegou a nascer.

Modernamente, casais inaptos a gerar filhos têm a possibilidade de recorrer a técnicas de reprodução assistida, que são aquelas em que a reprodução humana se dá por meio de procedimento médico, sem a ocorrência de contato sexual entre homem e mulher. Nesse caso, o material genético dos futuros pais é inseminado, ou o embrião gerado em laboratório é implantado no útero de uma mulher que, nas palavras da Professora Heloisa Helena Barboza, cede temporariamente o uso de sua barriga, a título gratuito, a chamada gestação de substituição²¹. Um aborto provocado pela grávida substituta também resultará na perda da oportunidade de convívio entre o casal que tiver recorrido à gestação por substituição e a criança abortada.

Discute-se, em ambos os casos, a possibilidade de responsabilizar a mulher grávida pelo aniquilamento definitivo da chance de desenvolvimento dos laços paterno-filiais entre o homem e o bebê abortado, no primeiro caso, e o casal e o bebê abortado, no segundo. Este debate é bastante delicado, porque os valores postos em jogo são muito caros. De um lado, encontra-se a justa expectativa do homem – ou do casal - de sagrar-se pai e, de outro, a prerrogativa da mulher de decidir sobre o destino de seu próprio corpo, que é, inclusive, um dos principais

²¹ BARBOZA, Heloisa Helena. *Parecer dado ao Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB sobre “Inseminação Artificial”*. Disponível em <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-12390.pdf> - pg. 14

argumentos para se defender a descriminalização do aborto no Brasil.

Aqui, vale fazer a ressalva de que não se pretende, neste trabalho, adentrar no tema polêmico da descriminalização do aborto, de relevância inegavelmente reconhecida, mas tão somente aventar algumas hipóteses de responsabilidade pela perda de uma chance em relações familiares.

De qualquer modo, diante das duas situações apresentadas, eventual responsabilização da mulher grávida que provoca o aborto parece ser mais clara na segunda situação, em que há mesmo um contrato entre os futuros pais e a mulher que se oferece, conscientemente, para gestar a criança, criando legítimas expectativas de paternidade e maternidade do casal. No entender da Professora Heloisa Helena Barboza, caso a dona da “barriga de comodato” decida interromper a gestação por meio de aborto provocado, responderá pela perda da oportunidade dos beneficiários da técnica de desenvolverem-se pai e mãe²².

3.2.3. PERDA DA CHANCE DE CONVÍVIO DECORRENTE DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Frequentemente, casais com filhos acabam por terminar a relação afetiva que mantiveram por determinado tempo, pelos mais variados motivos: incompatibilidade de estilos de vida, brigas e divergências reiteradas, ou, simplesmente, pela dissipação do sentimento de amor que outrora os ligava. Com o término do relacionamento, os ex-parceiros ainda mantêm pelo menos um elo: o filho havido por ambos. Depois de terminada a relação entre os pais da criança, pode ser que reste mágoa, decepção ou raiva dirigidos de um ex-parceiro ao outro.

Não raras vezes, movido por estes sentimentos negativos, um dos ex-parceiros acaba, lamentavelmente, utilizando o filho para agredir o outro. É o caso do genitor que começa ver-

²² Ibidem.

dadeiro trabalho de lavagem cerebral para que o filho passe a acreditar que o outro genitor o despreza, ou inventa mentiras para que o filho passe a repudiá-lo, com o intuito de afastá-los. Noutras situações, o guardião da criança opta por impedir visitas do outro genitor, ou as dificulta em tal grau que o convívio com o filho se torna fisicamente impossível. Estas são algumas das hipóteses de alienação parental, definida pelo artigo 2º da Lei Federal nº 12.318/2010 e tipificada como ilícito no artigo seguinte.

A prática de alienação parental pode causar danos de duas ordens, a depender do contexto em que ocorra: (i) caso já esteja estabelecido vínculo afetivo consistente entre o pai e o filho, vítimas das condutas maliciosas do outro genitor, haverá dano consistente na impossibilidade de continuação deste convívio saudável; e (ii) caso a alienação parental se dê desde os primórdios do relacionamento entre pai e filho, impossibilitando que sequer haja criação de vínculo afetivo, serão eles vítimas da perda da chance de desenvolver convívio paterno-filial.

3.3. PERDA DA CHANCE DE OBTER PENSÃO ALIMENTÍCIA

Cogita-se, neste tópico, a possibilidade de se imputar a determinada pessoa, responsável pela morte de outra, a obrigação de indenizar os familiares da vítima pela perda da chance de obter alimentos no futuro. Rafael Peteffi da Silva conta que, de início, as cortes francesas eram extremamente concessivas, chegando a reconhecer responsabilidade de compensar os pais de uma menina morta aos dez anos de idade, ainda que apresentassem boas condições econômicas²³.

Na situação apontada, há pelo menos dois graves problemas relacionados com a seriedade da chance perdida. Primeiramente, há lapso temporal muito grande entre a idade em

²³ PETEFFI DA SILVA, Rafael, op. cit., p. 173.

que a menina veio a falecer e a idade em que ela eventualmente se tornaria potencial devedora de alimentos. Não se pode dizer, com um mínimo grau de razoabilidade, que a menina alcançaria boas condições econômicas ao chegar na fase adulta, suficientes para se tornar provedora de alimentos dos pais. De outro lado, se os pais apresentavam situação econômica confortável no momento em que propuseram a demanda, o que a corte francesa fez, efetivamente, foi reparar uma situação de mero risco, mero “medo do futuro”²⁴.

Nas últimas décadas, a jurisprudência francesa passou a ter postura muito mais rigorosa para a concessão de indenização nos casos de perda da chance de obtenção de pensão alimentar no futuro. Lapoyade Deschamps estabelece dois requisitos para que se conceda reparação nestas situações: (i) o comprovado estado de necessidade dos familiares no momento da propositura da demanda; e (ii) os recursos fictamente reconstituídos do falecido, pretenso devedor de alimentos. Philippe Le Torneau explica que, geralmente, é muito difícil identificar, no momento da propositura da demanda, se a vítima morta teria condições de arcar com pensão alimentícia no futuro. Para o autor, se estará diante, em regra, de dano por demais hipotético²⁵.

3.4. Perda da Chance Decorrente do Término de Relação Amorosa

Muito recentemente, tem-se notícia de julgamento de demandas em que determinada pessoa requer indenização de seu ex-cônjuge, ex-companheiro e até mesmo ex-namorado pelas chances perdidas advindas do término da relação amorosa. Nessas situações, é normal que o ex-consorte alegue ter se submetido a sacrifícios em prol do relacionamento, como abdi-

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem, p. 173, 174.

cação da carreira, negativa de novas oportunidades profissionais, recusa de promoções para ocupar cargos mais elevados no emprego, dentre outras oportunidades de se alcançar resultado vantajoso no futuro. Com o rompimento do vínculo, tenta-se responsabilizar o ex-cônjuge ou ex-companheiro ou ex-namorado pela perda destas chances. É o que se confere dos seguintes trechos de decisões dadas quase que concomitantemente, há muito pouco tempo, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Sequer cogite-se do nexo de causalidade existente entre as frustrações profissionais do requerente e a atuação do requerido. Conforme confessado, o recorrente é pessoa capacitada, poliglota, atuante na área de turismo, plenamente capaz de tomar suas próprias decisões, não podendo querer responsabilizar o recorrido pelos contratos de trabalho que deixou de cumprir ou de pactuar. Conclui-se que, inexistindo vínculo entre o comportamento do apelado e o evento que se pretende ver ressarcido, inviável a responsabilização, nos termos em que pleiteada”²⁶.

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

(...)

Ora, o requerido não tinha poderes sobre as escolhas da autora e se ela deixou de fazer algo, foi por sua própria conveniência, de modo que ele não poderia ter-lhe causado os danos alegados. Além disso, a alegação quanto à perda de uma chance não passa de mera cogitação e, ainda que verdadeira a alegação, ela também não importaria na configuração de danos morais”²⁷.

Em ambas as oportunidades, a corte paulista refutou as

²⁶ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0001597-41.2013.8.26.0004, julgada em 10 de março de 2015. Relator o Des. Álvaro Passos.

²⁷ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0063328-75.2012.8.26.0100, julgada em 18 de março de 2015. Relator o Des. Cesar Luiz de Almeida.

pretensões indenizatórias, de forma bastante acertada. Não há como se cogitar a responsabilização de ex-consorte pelas supostas oportunidades perdidas pelo outro ao longo do relacionamento amoroso. Em primeiro lugar, há ausência de nexo de causalidade entre a decisão do réu de romper o vínculo – casamento, união estável ou namoro – e o dano alegado pelo autor da ação, simplesmente pelo fato de que, como muito bem apontado nos julgados transcritos, presume-se que as pessoas sejam plenamente capazes de tomar suas próprias decisões e é isto que acontece em regra na sociedade pós-moderna, em que relações de completa submissão entre parceiros são cada vez mais raras. Quem faz escolhas conscientes visando o fortalecimento e a permanência de vínculos afetivos deve assumir os riscos delas decorrentes, dentre os quais, o de ver acabado o relacionamento a que tanto se dedicou. A conduta daquele que não mais quer fazer parte da relação não guarda qualquer relação com as oportunidades das quais o outro abriu mão.

Da mesma forma, não se fazem presentes os outros elementos necessários à configuração da responsabilidade civil. A decisão de terminar um vínculo afetivo não é conduta ilícita, tampouco configura abuso de direito, mas tão somente se consubstancia em direito potestativo. Justamente por isso, não faz qualquer sentido, tampouco, fazer a verificação quanto à presença de culpa do agente. Conclui-se pela inadmissão de concessão de indenização pela perda de uma chance decorrente exclusivamente do término de relacionamento amoroso.

3.4.1. PERDA DA CHANCE X PENSÃO COMPENSATÓRIA

Discute-se, hoje, em sede doutrinária e jurisprudencial, a possibilidade de arbitramento de pensão compensatória a um dos cônjuges, com o divórcio. A polêmica teve início em 2004, quando Rolf Madaleno apresentou conferência intitulada

“Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios”, em que o conceituado advogado contemplou a categoria dos chamados “alimentos compensatórios”. Rolf Madaleno é um dos maiores defensores da importação do instituto dos ordenamentos jurídicos francês e espanhol para o ordenamento pátrio.

A prestação compensatória, como chamam os franceses, está prevista nos artigos 270 a 281 do Código Civil francês, e nos artigos 97 a 101 do Código Civil espanhol. Em linhas gerais, a pensão compensatória tem como finalidade corrigir o desequilíbrio existente no momento da separação, em que se deve comparar a situação econômica dos cônjuges, para analisar se o fim do casamento importará em empobrecimento de um deles. Se a resposta for positiva, deverá o juiz determinar o pagamento de uma quantia pelo cônjuge mais rico ao outro, a fim de restaurar o equilíbrio econômico trazido pela ruptura do vínculo afetivo. Nas palavras de Rolf Madaleno²⁸:

“A pensão compensatória está fundamentada na solidariedade familiar, pela qual devem os cônjuges se manter em prol do consórcio que um dia estabeleceram e evitar que o cônjuge menos favorecido financeiramente possa ver agravada a situação econômica desfrutada durante o casamento e a pensão compensatória justamente restaura esse status desfrutado durante as núpcias”.

A responsabilidade pela pensão compensatória é objetiva, ou seja, independe de culpa, só importando que tenha havido ruptura do relacionamento conjugal e o consequente desequilíbrio entre a situação financeira de um dos cônjuges na constância da união e a situação financeira posterior, com o seu término. É comum a associação da pensão compensatória com

²⁸ MADALENO, Rolf. *Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos Compensatórios*. p. 21-22 Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tjsp.jus.br%2FHandlers%2FFileFetch.ashx%3Fid_arquivo%3D23156&ei=FwhZVayhDomYNrv-gJAB&usg=AFQjCNG0j7rn-76n88Vt5WirVo62BOtD1A&sig2=CEXUVxhQs8NQ5nD5975OaA&bvm=bv.93564037,d.eXY&cad=rja

a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, porque o dano objetivo se caracterizaria pela perda de expectativas e pelos custos de oportunidade envolvidos no casamento, através de seu término²⁹. Mais uma vez, curial reproduzir as palavras de Rolf Madaleno sobre o tema³⁰:

“Na doutrina de Aurelia María Romero Coloma, a pensão compensatória identifica-se com a indenização devida pela *perda de uma chance*, experimentada durante o matrimônio pelo cônjuge que mais perde com a separação. E, com efeito, não é destituída de lógica a equiparação com a teoria da perda de uma chance, porque o instituto da responsabilidade civil foi levado a acompanhar as transformações ideológicas e econômicas vivenciadas pela sociedade, prevalecendo hoje, o paradigma da solidariedade como eixo da dignidade da pessoa humana, e essa dignidade, quando for preciso repará-la, não pode ficar restrita à existência da culpa e a perda de uma chance pelos acordos conjugais de concessões e sacrifícios pessoais caracterizam um prejuízo consumado e o dano a ser reparado é a perda dessas oportunidades”.

Atualmente, são vários os autores que, juntamente com Rolf Madaleno, defendem a possibilidade de concessão de pensão por alimentos compensatórios no direito brasileiro, dentre os quais vale mencionar Maria Berenice Dias, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Rodrigo da Cunha Pereira. A jurisprudência pátria tem entendido, diversas vezes, pelo cabimento desse tipo de indenização.

Em sessão de 12 de novembro de 2013, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou um dos casos envolvendo alimentos compensatórios com mais repercussão no meio jurídico, que ficou popularmente conhecido como “*O Caso Col-lor-Roseane*”. O ex-presidente da República havia proposto ação de oferecimento de alimentos em face de sua ex-mulher,

²⁹ MENDES, Anderson Pressendo. “*Aspectos Patrimoniais das Relações Familiares: limites e possibilidade da prestação compensatória entre cônjuges e companheiros*” - pg. 40. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/handle/1884/37548>.

³⁰ MADALENO, Rolf op. cit., p. 26-27.

pela qual lhe ofertava R\$ 5.200,00 mensais. A ex-mulher requereu que os alimentos fossem fixados em R\$ 40.000,00 mensais. Na ausência de acordo entre as partes, o juiz de primeira instância arbitrou os alimentos em 30 salários mínimos mensais, fixados por tempo indeterminado. Além disso, o magistrado determinou a transferência à ex-mulher de dois veículos e imóveis, no valor total de R\$ 950.000,00, a título compensatório – ressalte-se que as partes haviam se casado sob o regime da separação convencional de bens. O Tribunal de Justiça de Alagoas reformou a decisão apenas para reduzir os alimentos para 20 salários mínimos mensais, pelo período de três anos.

Em sede de recurso especial, Collor argumentou que a determinação de transferência dos veículos e dos imóveis à Roseane configuraria julgamento *extra petita*, porque ela não teria feito qualquer requerimento quanto a valores a título compensatório. Além disto, requereu-se que a pensão fosse fixada por prazo determinado, sob pena de configurar espécie de plano de aposentadoria. A defesa de Roseane, por outro lado, alegou que ela havia se casado aos 19 anos e, por 22 anos, esteve ao lado do ex-marido, sem que qualquer bem tivesse sido colocado em seu nome. O STJ entendeu que a separação teria ocasionado ruptura do equilíbrio econômico-financeiro e que esta situação poderia ser corrigida por meio da concessão de indenização compensatória. Quanto ao prazo dos alimentos fixados, entendeu-se que concedê-los por três anos seria suficiente para que a ex-mulher pudesse se reinserir no mercado de trabalho³¹.

Outro episódio bastante comentado pela mídia, mas que não recebeu tanta atenção da comunidade jurídica, envolveu o fim do casamento de Alexandre Pato e Sthefany Brito. Para se casar com o jogador, a atriz abandonou sua carreira de atriz no

³¹ “Quarta Turma admite fixação de alimentos compensatórios para ex-cônjuge” - Disponível em: http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112181.

Brasil e se mudou com ele para a Itália, onde ele jogava em um renomado time de futebol. Passados cerca de 9 meses, o casal resolveu se separar e a atriz requereu fixação de alimentos em 20% dos rendimentos mensais do jogador (449.000,00 € à época). A sentença fixou a pensão alimentícia em 50.000,00 mensais, pelo prazo de 2 anos, porque este seria o valor mensal que o ex-marido vinha depositando na conta corrente da ex-mulher enquanto estavam casados. O acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve a verba alimentar em R\$ 50.000,00, mas por um período reduzido de 18 meses.

O jogador levou o caso ao Superior Tribunal de Justiça sob o argumento de que o valor arbitrado seria injustamente elevado, haja vista que o casamento havia durado apenas 9 meses, a atriz era jovem, com 23 anos de idade, e já reinserida no mercado de trabalho. O Ministro João Otávio de Noronha, relator para o acórdão, afirmou que *“é princípio do direito alimentar que, observado o caso concreto, tanto quanto possível, a pensão seja fixada, considerando-se a capacidade do alimentante e o padrão de vida propiciado à alimentada”*. Na ocasião, então, a Corte Superior não levou em conta o conhecido binômio “necessidade-possibilidade” para a fixação de alimentos que garantissem a subsistência da alimentada, que já estava, inclusive, percebendo salário. A indenização concedida tem caráter eminentemente compensatório e serviu para corrigir o desequilíbrio que o divórcio causou na situação financeira da ex-mulher³².

Não parece, contudo, que o instituto encontre guarida na atual legislação brasileira, que não contempla esta espécie de pensão compensatória. Primeiramente, cabe alertar que a responsabilidade objetiva exige lei expressa que a imponha, portanto não há qualquer justificativa para que se abra mão do elemento culpa para concessão desta modalidade de indeniza-

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.353.941-RJ, julgado em 16 de abril de 2013. Relator para o acórdão o Ministro João Otávio de Noronha.

ção no direito pátrio. Por outro lado, não há, tampouco, qualquer imposição legal que obrigue um dos cônjuges a manter o outro consorte no mesmo padrão de vida que mantinha na constância do casamento. O cônjuge mais abastado ao término do casamento não comete qualquer ato ilícito ou abuso de direito que autorize o ressarcimento de eventual dano que se possa alegar, portanto inaceitável se cogitar responsabilizá-lo, ainda mais objetivamente. Nesse sentido, vale destacar parte de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina³³:

“Ora, não se concebe como o só exercício do direito potestativo ao desfazimento puro e simples da sociedade conjugal possa constituir qualquer sorte de ato ilícito. Além disso, como frisado, não existe norma jurídica que imponha ao consorte o dever de manter o cônjuge no mesmo padrão de vida proporcionado pelo casamento; por isso, para além da inexistência de ato ilícito, nem sequer é possível dizer que o empobrecimento causado pela ruptura da sociedade conjugal possa ser alçado à categoria de dano capaz de gerar responsabilidade civil, precisamente porque esse prejuízo não se insere no âmbito de proteção de nenhuma norma legal. O dano, em suma, não é resultado da violação de um bem juridicamente protegido”.

O Professor José Fernando Simão faz críticas bastante sensatas à pensão compensatória em artigo intitulado “*Alimentos compensatórios: desvio de categoria e um engano perigoso*”, em que traz a definição de alimentos como previstos no Código Civil, que são bens dados pelo devedor ao credor para garantir sua subsistência digna, e traça suas principais características, quais sejam: irrenunciabilidade, intransmissibilidade, incessibilidade, impenhorabilidade, incompensabilidade, imprescritibilidade e intransacionabilidade. Simão conclui que os chamados alimentos compensatórios não têm qualquer das características citadas, porque, em verdade, não se tratam de ali-

³³ Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 2010.000379-1, julgado em 12 de julho de 2010. Relatora a Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

mentos³⁴. Outros autores também fazem críticas bem fundamentadas à aplicação do instituto no Brasil, como a de que os alimentos civis já fariam frente à condição social do alimentando, o que tornaria a pensão compensatória desnecessária.³⁵

Neste trabalho, cabe refutar a comparação entre a pensão compensatória e a indenização pela perda de uma chance, por se entender que não existe nenhuma oportunidade perdida com o simples rompimento de vínculo conjugal, que, nada mais é do que o exercício de direito potestativo. Nem há que se argumentar que o cônjuge menos abastado teria sacrificado oportunidades em prol do casamento e, por isso, faria jus a qualquer tipo de indenização. Não haveria, aí, nexo de causalidade entre a conduta do outro cônjuge e a perda das pretensas oportunidades, porque ninguém se relaciona com outra pessoa de forma forçada na atual sociedade pós-moderna, ou seja, no limite, o casamento ou a união estável e os sacrifícios daí advindos são consequência de decisões tomadas pela própria pessoa. Não há como responsabilizar o ex-consorte por essas perdas.

4. CONCLUSÃO

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance vem ganhando grande aceitação por parte da doutrina e da jurisprudência pátrias ao longo, especialmente, da última década. Não faz mais sentido negar sua aplicação como outrora fizeram os que primeiro se depararam com o instituto. De outro lado, diante da ebulição que o tema encontra no cenário nacional, nota-se a tentação de se recorrer à perda de uma chance na maior gama de situações possíveis, inclusive naquelas em que se enxerga potencial dano, mas não se sabe como justificá-lo. É

³⁴ SIMÃO, José Fernando. *“Alimentos compensatórios: desvio de categoria e um engano perigoso”*. Disponível em:

http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0413.html

³⁵ MENDES, Anderson Pressendo op. cit., p. 70.

o caso, por exemplo, daqueles que procuram imputar responsabilidade ao ex-consorte pelo término de relacionamento amoroso.

Embora, em um primeiro momento, a responsabilidade civil pela perda de uma chance possa parecer representar uma flexibilização dos filtros clássicos da responsabilidade civil, fato é que eles devem se encontrar presentes para que se possa conceder esta modalidade de indenização, aliados aos elementos próprios do instituto, como, por exemplo, o caráter sério e real das chances perdidas. Se verificados todos estes requisitos, não existe qualquer óbice para sua aplicação no campo do Direito de Família, que, como visto ao longo deste trabalho, é bastante fértil e apresenta diversas possibilidades de experimentação da responsabilidade civil pela perda de uma chance.



5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 10 ed. revista e aumentada, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p 297.
- ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 1980.
- BARBOZA, Heloisa Helena. *Parecer dado ao Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB sobre “Inseminação Artificial”*. Disponível em <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-12390.pdf>
- BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. *A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance sua intersecção com o Direito das Famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades*. Disponível em:

- <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1935/1471>
- BARROS, Fernanda Otoni de. “Do direito ao pai: a paternidade no tribunal e na vida”. Belo Horizonte: Del Rey, 2ªed., 2005. p. 83.
- CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance – A Álea e a Técnica*. São Paulo: Método, 2013.
- CARVALHO SANTOS, J.M. de. *Código Civil Interpretado*. 2 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. v. 21.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. revista e ampliada, São Paulo: Atlas, 2010
- MADALENO, Rolf. *Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos Compensatórios*. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tjsp.jus.br%2FHandlers%2FFileFetch.ashx%3Fid_arquivo%3D23156&ei=FwhZVayhDomYNrv-gJAB&usq=AFQjCNG0j7m-76n88Vt5WirVo62BOtD1A&sig2=CEXUVxhQs8NQ5nD5975OaA&bvm=bv.93564037,d.eXY&cad=rja
- MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 362.
- NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 668.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Antonio Dantas de. “A incidência do art. 186 do código civil brasileiro no abandono afetivo dos Pais. É possível?”. p. 7. Disponível em http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Abandono%20afetivo%2005_10_2011.pdf
- PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

-
- _____. *A Responsabilidade pela perda de uma chance, rico exemplo de circulação de modelos doutrinários e jurisprudenciais*. p. 5 - Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-responsabilidade-pela-perda-de-uma-chance-rico-exemplo-de-circulacao-de-modelos-doutrinarios-e-jurisprudenciais-por-rafael-peteffi-da-silva/>
- SANTOS, Antonio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- SIMÃO, José Fernando. “*O afeto em xeque e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*”. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-abr-12/processo-familiar-superior-tribunal-justica-afeto-valor-juridico2>
- _____. “*Alimentos compensatórios: desvio de categoria e um engano perigoso*”. Disponível em: http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0413.html