

# **A RESPONSABILIDADE CIVIL DA GENITORA PELA OCULTAÇÃO DA PATERNIDADE**

THE CIVIL LIABILITY OF MOTHER BY OCCULTATION THE FATHERHOOD

**Nathália Maria Morais de Queiroz**

**Centro Universitário Maurício de Nassau**

**Resumo:** No presente trabalho analisa-se a possibilidade da genitora, que oculta a paternidade, ser responsabilizada civilmente, levando em consideração o instituto do Direito de Família, que traça direitos e deveres a serem observados pelos membros da entidade familiar. O ramo do Direito Familiar trata dessas relações, dispondo das obrigações que devem ser obedecidas por todos que compõem o seio familiar. Os princípios constitucionais que regem os vínculos afetivos são passíveis de força normativa e aplicabilidade imediata, exigindo uma obediência absoluta. Portanto, as relações entre pais e filhos devem ser exercidas de maneira responsável, conforme dispõe o princípio da paternidade responsável, tendo em vista o instituto do poder familiar, ao qual preza pelo melhor interesse da criança, visando a sua proteção integral por se tratar de sujeito em desenvolvimento. Desse modo, busca analisar a possibilidade de ser responsabilizada civilmente a genitora que pratica a conduta de ocultação da paternidade, fazendo uma relação minuciosa entre as normas que norteiam o Direito de Família em paralelo com o que preceitua o instituto da Responsabilidade Civil, ao qual dispõe a obrigação em reparar o dano causado a outrem pela prática de um ato ilícito.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil; Possibilidade; Ocultação; Paternidade

**Abstract:** In this paper we analyze the possibility of mothers', which hides the paternity be liable civilly, taking into consideration the institute of Family Law, which outlines rights and obligations to be observed by members of the family unit. The branch of the Family Law addresses these relationships, providing the obligations that must be obeyed by all who make up the family environment. The constitutional principles governing affective bonds are subject to normative force and immediate applicability, demanding absolute obedience. Therefore, the relations between parents and children must be exercised responsibly, pursuant to the principle of responsible parenthood, in view of the institute of family power, which values the child's best interest, seeking their full protection because it is subject to development. Thus seeks to analyze the possibility to legally respond to mothers' practicing the conduct of occultation of fatherhood, making a detailed relationship between the rules that govern family law in parallel with the provisions of the institute of Civil Liability, which provides the obligation to repair the damage caused to others by the practice of illicit action.

**Keywords:** Civil Liability; Possibility; Occultation; Fatherhood

## **1. INTRODUÇÃO**

O Direito de Família cuida das relações familiares, as quais passaram por vastas transformações ao longo dos anos, especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988. Momento oportuno, no qual os princípios constitucionais que regem os vínculos familiares foram dotados de força normativa, ganhando aplicabilidade imediata, destacando-se o princípio da paternidade responsável, onde os pais devem observar os direitos e deveres inerentes ao direito de filiação, levando em consideração a mutação do poder familiar, devendo prevalecer o melhor interesse da criança.

Em razão da força normativa adquirida pelos princípios constitucionais no âmbito familiar, faz-se obrigatória a observância e obediência desses, cuja violação resulta na possibilidade do sujeito responder civilmente. Para tanto, faz-se necessário o estudo do instituto da Responsabilidade Civil, desde as suas espécies aos seus pressupostos, quais sejam, a conduta humana, o nexo de causalidade e o dano.

O estudo deste trabalho se faz relevante por ser um tema pouco abordado pelos operadores do Direito e, em contra partida, acontecer com bastante frequência nas relações familiares, inclusive os Tribunais Superiores ainda não se posicionaram a respeito, gerando, assim, inúmeras dúvidas para os indivíduos no meio social, em especial ao pai em relação aos direitos que lhes são assegurados.

## **2. DIREITO DE FAMÍLIA**

### **2.1 Princípios Constitucionais do Direito de Família**

O advento do Código Civil de 2002 buscou adequar o avanço social com os bons costumes, trazendo, desta forma, aspectos importantes para o direito de família à luz dos princípios e normas constitucionais, como relata Gonçalves (2012, p.21-22),

As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade.

O grande marco dos princípios constitucionais foi o surgimento da Carta Magna de 1988, onde fora atribuída força normativa a tais princípios, adquirindo eficácia imediata. De acordo com Lôbo (2011, p.57), “um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava”.

As normas constitucionais podem ser classificadas em princípios e regras, diferenciando-se no modo de incidência e aplicação. As regras são aplicadas de forma determinada e fechada, sua concretização na vida real gera sua incidência, ou seja, o intérprete aplica a regra conforme ela se concretiza na realidade forense, sem margem para mediação, é aplicada diretamente ao caso concreto.

Os princípios, por sua vez, são aplicados de forma indeterminada e aberta, sendo necessário o intérprete fazer uma ponderação quanto à análise do caso concreto. Diferente das regras, que são aplicadas de forma única, os princípios tem a característica de fazer que o direito se adapte à evolução da sociedade, conforme Lôbo (2011, p.59), “com efeito, o mesmo princípio, observando-se o catálogo das decisões nos casos concretos, em cada momento histórico, vai tendo seu conteúdo amoldado, em permanente processo de adaptação e transformação”.

Embora os princípios possuam características amplas e abstratas, eles se encontram positivados em nosso ordenamento jurídico, de maneira normatizada, desta forma, Bonavides (1999, p. 237 apud DIAS, 2009, p. 56) ensina “os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional, o que provocou sensível mudança na maneira de interpretar a lei”. Constata-se que os princípios constitucionais são normas jurídicas que se encontram positivadas em nosso ordenamento jurídico, e ganharam eficácia imediata com o advento da Constituição Federal

de 1988. Vale ressaltar, ainda, que são interpretados de maneira aberta e indeterminada, sendo necessário que o operador do direito faça uma ponderação quanto à análise do caso concreto.

### **2.1.1 Princípio do planejamento familiar e da paternidade responsável**

A Constituição Federal prevê em seu artigo 226, § 7º, o princípio do planejamento familiar, baseado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo de livre decisão do casal planejar o modo de administrar a sociedade conjugal, quantos filhos pretendem ter, sendo proibida qualquer forma de coerção, compelindo ao Estado a proporcionar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

O princípio da paternidade responsável é tratado de forma implícita pela Constituição Federal, como consta em seu artigo 227, que afirma ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de discriminação, vedando expressamente as designações discriminatórias relativas ao estado de filiação.

Desse modo, o princípio da paternidade responsável prevê uma responsabilidade dos pais em relação ao cumprimento dos deveres que estão obrigados a cumprir em interesse de seus filhos menores, se configurando uma garantia constitucional.

Conforme Gonçalves (2012, p.24), “essa responsabilidade é de ambos os genitores, cônjuges ou companheiros”. Portanto, o casal é livre para decidir o seu planejamento familiar, ou seja, são livres para decidirem sobre questões relacionadas à filiação, contudo, deve-se respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, buscando garantir a efetiva responsabilidade familiar dos pais no cumprimento dos deveres que a lei lhes obriga a fazer, visando o interesse do filho menor.

### **2.1.2 Princípio da convivência familiar**

O princípio da convivência familiar busca assegurar direitos e deveres dentro da entidade familiar, proporcionando uma relação de afetividade duradoura entre os membros, em um ambiente que seja comum de todos, podendo ser o lar, a casa, o lugar onde as pessoas se sintam seguras e acolhidas.

Tal dispositivo se encontra fundamentado no artigo 227, da Constituição Federal de 1988, ao afirmar que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, dentre vários direitos à convivência familiar e comunitária, de modo que esta é de extrema importância para o instituto do direito de família, pois, mesmo que os pais se encontrem separados, o filho tem o absoluto direito de conviver com cada pai, como afirma Lôbo (2011, p.74),

A convivência familiar também perpassa o exercício do poder familiar. Ainda quando os pais estejam separados, o filho menor tem direito à convivência familiar com cada um, não podendo o guardião impedir o acesso ao outro, com restrições indevidas.

Diante disso, verifica-se que o princípio da convivência familiar busca garantir vínculos duradouros e a manutenção das crianças no centro da família, ressaltando que não é um direito que está ligado à origem biológica, não precisa vir apenas dos laços consanguíneos, mas sim do afeto, pois, é uma relação criada em cima da afetividade entre pais e filhos, ou não, como exemplo, temos o direito de visita aos avós.

### **2.1.3 Princípio do melhor interesse da criança e da proteção integral**

Este é um princípio que deve ser considerado fundamental para o Direito de Família contemporâneo, fundamentado no artigo 227, da Constituição Federal de 1988, afirmando ser responsabilidade da família, da sociedade e do Estado garantir os direitos da criança e do adolescente que lhes são assegurados, cujo intuito é privilegiar e priorizar esses, uma vez que encontram-se em fase de desenvolvimento e amadurecimento, formando sua personalidade.

Com o progresso em nosso ordenamento jurídico, houve uma mudança de prioridades, nas relações entre pais e filhos, ao passo que o pátrio poder dava uma atenção

maior ao pai, o poder familiar se preocupa com o interesse dos filhos, portanto, segundo Moraes (2006, p.491),

Antes, sendo as crianças tratadas como objetos de direito, o interesse dos pais estavam em maior medida. Hoje, é a atenção dos interesses da criança, eventualmente, com a manifestação da sua vontade como objeto de direito, o caminho para saber o que atende ao seu melhor interesse.

O termo “melhor interesse” vem da proteção integral tratada no Estatuto da Criança e do Adolescente, em conjunto com os Direitos Humanos em geral, ou seja, não se busca uma exclusão de direitos, pois não existe hierarquia entre os membros da família, o que se busca é priorizar a proteção integral da criança, visto que se encontra em processo de formação, uma vez que, havendo conflito no caso concreto, será resolvido com fundamento no que for melhor para o interesse da criança e do adolescente. Como afirma Dias (2009, p.67), “a maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial”.

#### **2.1.4 Princípio da afetividade**

A Carta Magna de 1988 não trouxe em seu texto legal a palavra afeto, porém, tratou do princípio da afetividade de forma implícita, visto que a Constituição traz fundamentos importantes para tal princípio, sendo necessária uma interpretação minuciosa.

Com a evolução das entidades familiares, o princípio jurídico da afetividade foi consagrado como um direito fundamental para o Direito de Família, à medida que desapareceu a ideia da família tradicional, que preservava apenas os laços sanguíneos, passando-se a considerar como fundamento as relações de afetividade, levando em conta o vínculo de afinidade, não importando, desta forma o modelo familiar a ser adotado.

O princípio da afetividade se entrelaça com o princípio da convivência familiar, visto que este busca garantir direitos e deveres, dentro de uma relação afetiva duradoura no lar em que todos vivem. No dizer de Lôbo (2011, p. 71), “o princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar”. Vale ressaltar que um dos fundamentos que a Constituição traz

sobre tal princípio é o da convivência familiar, uma prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente.

## **2.2 Direito de Filiação**

Com respaldo em grande parte da doutrina a filiação é considerada uma relação jurídica de parentesco, que liga uma pessoa à outra através do nascimento, ou por outras hipóteses, como a adoção, a concepção por meio da inseminação artificial heteróloga, entre outras. Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi imposta absoluta igualdade entre os filhos, havidos no casamento ou não, a todos foram assegurados os mesmos direitos. Na família contemporânea, não existe mais a distinção entre filiação legítima ou ilegítima, visto que o legislador adotou a pluralidade nas entidades familiares.

Quando a paternidade é difícil de ser provada, a filiação se valerá de presunções, que servem para definir o momento que o filho é concebido, de modo que, a filiação e paternidade ainda serão definidas, sendo para esta o momento da concepção. Fundada em uma probabilidade, conforme diz Pereira (2009), o matrimônio presume relações sexuais do casal e que a mulher será fiel ao seu marido, portanto o filho que é gerado durante o casamento terá como pai o marido da mãe. Nessa perspectiva, o Código Civil de 2002 elencou cinco espécies de presunções de filiação concebidas durante o casamento, no bojo do artigo 1.597, as quais estão tratadas em seus respectivos incisos.

Importante ressaltar, por fim, que o reconhecimento de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, conforme declarou o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo ser interposto contra os pais ou seus herdeiros, sem nenhuma restrição, visando o melhor interesse da criança.

No Brasil, a prova da filiação se dá através da certidão do registro de nascimento, como dispõe o artigo 1.603 do Código Civil de 2002, na concepção de Lôbo (2011), o legislador fez bem em não exigir uma prova que fosse de origem genética, resguardando, dessa forma, as filiações vindas de outras origens.

### **2.3 Poder Familiar**

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, os princípios constitucionais ganharam mais força normativa em todos os ramos do direito, em especial no âmbito do Direito de Família contemporâneo, vindo a findar com a concepção das famílias tradicionais, onde prevalecia o poder patriarcal. Com base no princípio da igualdade, ponto crucial que ensejou tal evolução, as mulheres conseguiram conquistar seus direitos perante a lei e os filhos tratamentos iguais entre todos, diante disso não fazia mais sentido o uso da expressão “pátrio poder” que tratava apenas do poder do pai sobre os filhos.

Diante de toda essa transformação, o Código Civil de 2002 passou a usar o termo “poder familiar”, ao invés de “pátrio poder”, que excluiu o poder marital, onde apenas o marido possuía poderes sobre os filhos, passando a atribuir tal poder aos pais, de forma totalmente isonômica, tendo em vista o princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges.

Entende-se por poder familiar, os direitos e deveres que são consagrados aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores, objetivando a proteção integral desses. De acordo com Gonçalves (2012, p.413), “o poder familiar constitui um conjunto de deveres, transformando-se em instituto de caráter eminentemente protetivo”. A evolução no Direito de Família fez com que o poder familiar se tornasse mais dever e menos poder dos pais em relação aos filhos, passando a ser considerado um instituto de proteção. Dessa forma, conclui-se que o poder familiar é um múnus imposto pelo Estado aos pais, para que protejam de maneira integral a vida de seus filhos menores, visando garantir um futuro digno.

No dizer de Dias (2009, p.384), “o poder familiar decorre tanto da paternidade natural, como da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele fluem são personalíssimas.” Nesse sentido, o poder familiar não pode ser transferido a outrem, evitando que os titulares se eximam de uma obrigação que o Estado lhes impõe; é imprescritível, de forma que o genitor só o perde nas hipóteses que a lei determina.

O poder familiar não depende que exista vínculo entre os pais, pois uma vez ocorrido o divórcio e a dissolução da união estável, os genitores exercem o poder familiar normalmente, em nada alterando, com exceção da guarda, que ficará com um dos pais, garantindo ao outro o direito de visita e de fiscalização da manutenção e educação. O artigo 1.634, do Código Civil, elenca, em seus incisos, as sete hipóteses dos direitos e deveres incumbidos aos genitores quanto à pessoa dos filhos incapazes, como por exemplo, o dever de dirigir a criação e educação dos filhos. Em relação aos bens do filho menor, o poder familiar determina que os pais têm o dever de administrá-los, tendo em vista que estes não possuem capacidade para praticar os atos da vida civil.

### **3. RESPONSABILIDADE CIVIL**

#### **3.1 Responsabilidade Civil Subjetiva**

A responsabilidade civil subjetiva decorre da teoria da culpa, a qual afirma ser necessária a presença da culpa na conduta do agente para que se configure a obrigação de reparar o dano. Partindo do pressuposto de ser uma difícil tarefa conceituar o termo “culpa” entre os doutrinadores, afirma Rodrigues (1975, p. 148 apud GONÇALVES, 2003, p. 9-10),

Se, da comparação entre a conduta do agente causador do dano e o comportamento de um homem médio, fixado como padrão (que seria normal), resultar que o dano derivou de uma imprudência, imperícia ou negligência do primeiro – nos quais não incorreria o homem-padrão, criado *in abstracto* pelo legislador – caracteriza-se culpa.

Diante disso, verifica-se que o elemento da culpa é indispensável para constatação da responsabilidade subjetiva, considerando que o sujeito age com inobservância a um dever jurídico, por vontade própria, ou seja, o agente conhece o que determina o ordenamento jurídico, mas por algum motivo não obedece, agindo em contrário ao que impõe a lei, seja por negligência, imprudência ou imperícia.

O Código Civil de 2002 traz a responsabilidade civil subjetiva em dois dispositivos legais, afirmando o artigo 927, “aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, tal norma, porém não versa sobre o que seria ato ilícito, ficando, portanto, a cargo do intérprete a sua complementação com base no artigo 186, que diz,

“aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Dessa forma, na responsabilidade civil subjetiva só será considerado ato ilícito quando o agente agir com culpa, ou seja, for imputável e agir em contrariedade a um dever imposto pelo ordenamento jurídico.

Vale frisar, que a lei se refere à culpa tanto em sentido amplo, englobando a culpa propriamente dita, como também em sentido estrito, dizendo respeito ao agente que age com descuido, com inobservância a imposição legal, e à voluntariedade do agente em descumprir o dever jurídico imposto, que não prevê o resultado futuro. A lei engloba também o dolo, modalidade mais grave de culpa *lato sensu*, onde o agente tem consciência do resultado e busca propositalmente causar um dano a um terceiro. Na concepção de Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.173-174),

Em nosso entendimento portando, a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposta pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo, se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia a sua atuação é apenas culposa em sentido estrito.

A doutrina clássica divide a culpa *lato sensu* em três elementos, sendo o primeiro a voluntariedade da conduta do agente, para que se configure a culpa é essencial que o sujeito tenha a vontade de agir em contrário ao que impõe o dever jurídico, não havendo nenhuma intenção de provocar dano a alguém. Em seguida, encontramos o elemento da previsibilidade, embora o agente não tenha intenção de causar prejuízo a outrem, o resultado de seu comportamento ilícito é previsível, ou seja, é possível evitá-lo de alguma forma. Por fim, temos o elemento da violação de um dever, a falta de cuidado, mesmo que exista a possibilidade do sujeito prever o resultado, ele age em desconformidade com a lei pela ausência de uma cautela maior, violando o dever jurídico por uma simples falta de cuidado e observância ao que lhe foi imposto.

A culpa em sentido estrito pode ser exteriorizada em três formas, conforme a doutrina tradicional, sendo elas: negligência, imprudência e imperícia, não se configurando espécies e nem elementos da mesma, apenas uma forma de expor a falta de cuidado. A

negligência se caracteriza pela falta de cuidado por meio de uma conduta omissiva, ou seja, o agente tinha o dever de agir, mais não o fez. Haverá imprudência quando o agente agir sem cautela através de uma conduta comissiva, diferente da negligência, o sujeito não deveria ter agido, a falta de cuidado se dá através de uma ação positiva. Já a imperícia, acontece quando o agente não possui habilidade para executar uma atividade técnica, onde se deveria ter um maior cuidado.

## **3.2 Pressupostos Gerais**

### **3.2.1 Conduta humana**

A conduta humana se caracteriza como o primeiro elemento da responsabilidade civil, pelo fato de o agente cometer um ato ilícito, desencadeando em um prejuízo a outrem, uma vez que, somente o homem é quem poderá ser responsabilizado civilmente por agir com inobservância ao dever imposto.

Para Cavalieri Filho (2010, p.24), “entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”. Sendo assim, faz-se necessário que o agente pratique o ato ilícito com vontade para que se configure o dever de indenizar, ou seja, para que se caracterize a responsabilidade civil o agente tem que ter plena consciência de que está agindo em desconformidade com a lei.

Diante disso, verificamos que a conduta pode ser praticada tanto por meio de uma ação como por meio de uma omissão. A ação ocorre através de um comportamento positivo, quando o sujeito deveria se abster da prática de um ato, mas age em desconformidade com o que o ordenamento jurídico determina não fazer, ou seja, a lei diz para o agente não praticar tal ato, porém, ele o pratica, desobedecendo por meio de uma conduta ativa.

A omissão, por sua vez, se caracteriza quando o agente causa um dano por meio de um comportamento negativo, deixando de fazer aquilo que a lei impõe. Na concepção de

Gonçalves (2003, p.37), “para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista um dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado”. Portanto, a conduta por omissão ocorre quando o agente tinha o dever de agir em conformidade com o que lhe foi imposto e não o faz, quando tinha que praticar um determinado ato e se abstém por vontade própria, podendo o resultado ser evitado se tal dever jurídico que lhe foi obrigado fosse praticado.

### **3.2.2 Nexo de causalidade**

O segundo pressuposto da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, pois, não basta, apenas, que uma pessoa aja ilícitamente causando dano a outrem, faz-se necessário que exista uma relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado atingido, logo, de acordo com Bittar (1989, p.12),

Deve, por fim, haver vínculo (nexo causal) entre a ação e o evento, de sorte a poder-se concluir que o dano proveio do fato do agente. Por outras palavras, cumpre seja este causa do prejuízo: que exista uma relação, certa e direta, entre o fato desencadeador e o resultado danoso [...].

Portanto, para que ocorra a obrigação de indenizar o agente terá que praticar um ato ilícito causando prejuízo a outrem, como também, sua conduta, exteriorizada pela ação ou omissão, terá que, necessariamente, dar causa ao resultado, ou seja, podemos considerar o nexo causal, de fato, o liame, a relação entre o comportamento praticado pelo agente e o dano gerado para outra pessoa; concluindo-se que sem a conduta praticada pelo sujeito não existiria dano, e tampouco obrigação de indenizar.

A doutrina tradicional tenta explicar o nexo de causalidade por meio de três teorias principais, sendo elas, a teoria da equivalência de condições, a teoria da causalidade adequada, e, por fim, a teoria da causalidade direta ou imediata. A primeira teoria relata a equivalência das condições, considerando causa tudo aquilo que contribuiu para atingir o resultado, possuindo, dessa forma, um sentido amplo, onde engloba todas as circunstâncias possíveis como causa do dano ocorrido.

Em seguida, temos a teoria da causalidade adequada, que diferente da anterior, defende não ser possível considerar causa toda e qualquer relação que tenha colaborado para atingir o resultado, afirmando, então, ser causa, dentro de uma probabilidade, a relação adequada para efetivar o dano, ou seja, tal teoria deixa a critério do julgador avaliar qual seria a circunstância indispensável, no plano abstrato, para atingir o resultado danoso. Finalmente, encontramos a teoria da causalidade direta ou imediata, considerando causa aquela conduta que sem ela não existiria o resultado, apenas um vínculo necessário e ligado de forma direta e imediata ao dano.

### **3.2.3 Dano**

O último e mais importante dos pressupostos da Responsabilidade Civil é o dano, uma vez que, se não houver um prejuízo causado a outrem, não há no que se falar em responsabilidade e nem reparação, inexistindo o dever de indenizar, conforme afirma Cavalieri Filho (2010, p.72-74),

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria no que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade de risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco-proveito, risco criado, etc. –, o dano constitui elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa, ou até dolosa.

Portanto, verificamos que o dano é elemento essencial para a caracterização da responsabilidade civil de fato. Pois, mesmo que o agente pratique uma conduta ilícita, aja com inobservância ao dever imposto, esse fator por si só não ensejará a obrigação de indenizar, sendo indispensável que o comportamento do sujeito cause um dano a outrem, diminuindo, assim, parte do seu patrimônio ou atingindo os direitos da sua própria personalidade afetando-lhe moralmente.

Sendo assim, o dano caracteriza-se pela conduta ilícita do agente, cumulado com uma agressão que é gerada a um interesse tutelado pelo direito, seja patrimonial ou não. Nesse sentido, o dano na concepção de Baptista (2003, p.43-44), “é a lesão de um interesse juridicamente protegido, podendo consistir na perda ou danificação de uma coisa, ou na integridade física, moral ou psíquica de uma pessoa”. Portanto, obrigar alguém a indenizar

outrem sem o efetivo e real dano, causaria um enriquecimento ilícito por parte de quem recebe e uma pena para quem paga.

Não é todo e qualquer dano que é passível de indenização, visto que a doutrina majoritária elenca três requisitos para que isto ocorra. Para Gagliano e Pamplona (2012), o primeiro requisito é a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extra patrimonial de uma pessoa física ou jurídica, ou seja, todo e qualquer dano é gerado por uma conduta ilícita, que vai de encontro com o ordenamento jurídico. Em seguida, os autores elencam o requisito da certeza do dano, pois, somente o dano certo e efetivo é capaz de ser indenizado, mesmo em relação aos bens relacionados aos direito de personalidade; já o terceiro e último requisito trata da subsistência do dano, ou seja, o dano deve ainda estar pendente de indenização, uma vez que se foi indenizado perde-se o interesse da responsabilidade civil. Segundo Bittar (1989, p.16),

São reparáveis todos os danos que afetam a pessoa (física ou jurídica), em sua integridade estrutural, em seu patrimônio e respectivas projeções. Tratando-se de pessoa física, são indenizáveis as lesões a componentes de sua expressão física (corpórea), ou psíquica, ou moral, restringindo-se, na pessoa jurídica, a aspectos morais e patrimoniais.

Tradicionalmente, a doutrina costuma dividir o dano em patrimonial e extrapatrimonial, sendo o primeiro chamado, também, de material, atingindo diretamente o patrimônio da vítima, ou seja, quando o dano resulta em uma diminuição efetiva no patrimônio do lesado, considera-se dano material todo e qualquer bem de cunho econômico, como por exemplo, um carro, uma casa. Normalmente, tal dano é dividido em duas espécies, sendo o dano emergente, aquilo que a vítima efetivamente perdeu, e o lucro cessante, que por sua vez, ocorre quando a vítima deixa de lucrar com o acontecimento do dano, ou seja, é tudo aquilo que ela deixou de ganhar.

O segundo tipo de dano, o extrapatrimonial, também conhecido por dano moral, se configura quando o agente atinge outros bens do lesado, dessa vez não tendo caráter econômico, mas sim personalíssimo, de acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.101),

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Sendo assim, entende-se por dano extrapatrimonial a violação de um dever jurídico que gera dano a um direito de personalidade, causando dor, angústia e sofrimento para a vítima. A Constituição Federal entendeu ser possível a indenização quanto à reparação do dano moral, uma vez que, a reparação aqui tem o intuito de satisfazer o dano moral sofrido pela vítima.

Segundo Gonçalves (2003, p.548), “o direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente”. Portanto, conclui-se que não é qualquer razão emocional sofrida pela vítima que vai ser passível de indenização, é necessário que um direito de personalidade seja violado.

### **3.3 Responsabilidade Civil no Direito de Família**

A Responsabilidade Civil abrange todos os ramos do direito, sendo possível aplicá-la, também, ao Direito de Família, tanto nas relações pessoais, de vínculo afetivo, como também na esfera patrimonial.

A doutrina diverge quanto à aplicação do instituto da responsabilidade civil no Direito de Família, alguns autores afirmam que não deveria existir indenização pecuniária nas relações que envolvem afeto, pois o amor não tem preço e aceitar esse tipo de responsabilização, estaria causando alguma forma de incentivo ao litígio. Por outro lado, doutrinadores, como Madaleno (2008), afirmam ser possível a indenização dentro do instituto do Direito de Família, gerando responsabilidade civil tanto pelo dano material, como também pelo dano moral.

O Superior Tribunal de Justiça entendia há um tempo, não ser possível a indenização por dano moral nas relações que envolvessem afeto, entretanto, mudou seu

entendimento, se pronunciando no julgamento do REsp 1.159.242 – SP (STJ, DJE 10/05/2012), ao qual condenou o pai omissivo a pagar indenização para a filha, em detrimento de abandono efetivo, afirmando existir uma relação entre o instituto da Responsabilidade Civil e as entidades familiares, concluindo ser possível a indenização por dano moral, fundamentado com base na Responsabilidade Civil Subjetiva que versa a teoria da culpa do agente. Dias (2009) entende que o dano moral se alastrou até as relações familiares, tentando responsabilizar aquele que agiu com vontade de causar o dano a outrem no meio dos vínculos afetivos.

Na concepção de Baptista (2003, p.116), “qualquer dano moral ou material sofrido por um dos membros da família em decorrência da ação ou omissão do outro gera para o causador o dever de repará-lo”. Sendo assim, tal doutrinador segue o entendimento de que é possível a indenização por dano moral, como também por dano material no instituto do Direito de Família.

Partindo da ideia de responsabilidade parental, parte da doutrina faz um paralelo entre a Responsabilidade Civil e o instituto do Direito de Família, visto que os pais e todos aqueles que englobam a relação de parentesco tem o dever de cuidar dos filhos menores, por se tratarem de indivíduos em formação, dependendo destes para uma proteção integral até atingir a maioridade civil e responder por seus atos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em evidência a figura da responsabilidade dos pais ao afirmar em seu artigo 226, §7º, que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, desde que esteja fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Sendo assim, os pais são livres para decidirem o planejamento familiar, da melhor forma que lhes couber, porém, uma vez optada pela filiação surge um amontoado de deveres a serem cumpridos, visando sempre o melhor interesse da criança.

Vale ressaltar que a responsabilidade parental deve ser exercida por ambos os genitores, sem margem para exclusão de nenhum deles, fundado no princípio da convivência familiar que preza pelo melhor interesse da criança, garantindo uma relação pessoal e direta

da criança ou do adolescente com ambos, ainda que estes não estejam mais casados e morem em lugares diferentes.

#### **4. RESPONSABILIDADE CIVIL E OCULTAÇÃO DA PATERNIDADE**

##### **4.1 Direito de Filiação *versus* Ocultação da Paternidade**

A Lei nº 8.069/90, que versa sobre os direitos da criança e do adolescente, afirma em seu artigo 27, que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”. Sendo assim, constata-se que o direito de filiação é considerado um direito de personalidade inerente à pessoa dos filhos, podendo ser pleiteado a qualquer momento, visto que não é passível de prescrição.

Em se tratando dos direitos de personalidade, o Código Civil de 2002 inovou no momento em que dedicou um capítulo inteiro para tais direitos, destacando sua importância e peculiaridades, do artigo 11 ao 21. Logo, os direitos de personalidade devem ser respeitados e garantidos a todos, estando no plano extrapatrimonial, caracterizando-se pela sua indisponibilidade, intransmissibilidade e irrenunciabilidade, não sendo passível de prescrição ou penhora, no dizer de Venosa (2010, p.171),

Geralmente, os direitos da personalidade decompõem-se em direito à vida, à própria imagem, ao nome e à privacidade. Essa classificação, contudo, não é exaustiva. Os direitos de família puros, como, por exemplo, o direito ao reconhecimento da paternidade e o direito a alimentos, também se inserem nessa categoria. Não é possível, como apontamos, esgotar esse elenco.

Portanto, os dispositivos legais trazidos no Código Civil de 2002 no que se refere aos direitos de personalidade não são taxativos, possibilitando, dessa forma, que outros direitos não elencados possam ser considerados como direitos de personalidade, principalmente dentro do âmbito familiar, como por exemplo, o direito de filiação e o reconhecimento da paternidade. Conforme Reis (2011, p.18), “é exatamente nas relações entre pais e filhos onde se operam os maiores entrelaçamentos, bem como, as maiores colisões de diversos matizes no âmbito familiar, capazes de gerar danos aos direitos da personalidade”. Diante disso, entende-se que o direito de filiação em paralelo com o reconhecimento da

paternidade são considerados direitos de personalidade, inerente apenas a pessoa dos filhos, visto que são indisponíveis, intransmissíveis e irrenunciáveis, como também imprescritíveis, visando zelar pelo melhor interesse da criança.

Nesse diapasão, questão relevante a ser destacada no presente trabalho é a importância da figura paterna nas relações que envolvem filiação, partindo do pressuposto de que tanto a mãe, como o pai devem se fazer presentes na vida do filho, acompanhando seu desenvolvimento no dia-a-dia.

De acordo com D'Angelo e D'Angelo (2012, p.241-242), “defendemos a posição daqueles que entendem que a figura paterna não pode ficar alheio aos problemas familiares, *a fortiori*, de seus filhos, sob pena desta omissão conduzir seu filho a caminhos tortuosos, cujo retrocesso é doloroso e, regra geral, infrutífero”, ou seja, a ausência do pai leva o filho, muitas vezes, a más consequências, diante da ideia de que o pai influencia o filho na formação de sua personalidade, incentivando-o a fazer aquilo que é certo ou errado, naquilo que se deve ou não fazer.

D'Angelo e D'Angelo (2012) continuam e explicam que o reconhecimento da paternidade é considerado um preceito fundamental, o qual deve ser garantido e respeitado por todos, sendo assim, a genitora que oculta à paternidade fere gravemente tal preceito, atingindo os direitos de personalidade, que são inerentes apenas e tão somente à pessoa dos filhos.

O reconhecimento da paternidade é tão importante para um filho, que o Conselho Nacional de Justiça instituiu o “Programa Pai Presente” nos Tribunais de Justiça de todos os Estados do país, através do provimento 12/2010, buscando atender o melhor interesse da criança e do adolescente, em ter o nome de ambos os genitores no seu registro de nascimento. Diante desse fato, que caracteriza a filiação e o reconhecimento da paternidade como um direito de personalidade, a omissão em relação a esses institutos, segundo Dias (2009), tira do filho o direito à identidade, um dos mais importantes requisitos da personalidade de qualquer

ser humano, como também prejudica o seu desenvolvimento, tendo em vista que a figura do pai deixa de exercer as responsabilidades parentais, no que lhe couber.

Sendo assim, percebe-se que o direito de filiação é um direito de personalidade inerente a pessoa do filho, o qual deve ser respeitado por todos, destacando a relevância da figura paterna. Portanto, a mãe que oculta à paternidade do filho, dissimulando a presença do pai na vida do mesmo, agride de tal forma esse direito personalíssimo que lhe é assegurado, lesionando a dignidade humana, e desta forma, fere a identidade do filho, o que é imprescindível na formação de sua personalidade. Constatou-se, ainda, que o reconhecimento à paternidade se faz tão importante, que o Conselho Nacional de Justiça criou o “Programa Pai Presente”, visando suprir a ausência do nome do pai no registro de nascimento de mais de cinco milhões de crianças existentes no nosso País.

#### **4.2 Responsabilidade Civil da Genitora que oculta a Paternidade**

Partindo do pressuposto, de que a responsabilidade civil se caracteriza como uma obrigação de indenizar a vítima de um dano que foi causado por meio de um ato ilícito, constata-se que é possível responder civilmente a genitora que oculta à paternidade do filho, uma vez que, o instituto do Direito de Família é regido por princípios constitucionais que traçam direitos e deveres a serem observados pelos membros que compõe a entidade familiar, e, ainda, o reconhecimento da paternidade é caracterizado como um direito personalíssimo, devendo ser respeitado e garantido à todos.

A Responsabilidade Civil é um fenômeno jurídico constituído por três elementos, sendo eles, a conduta, o nexo de causalidade e o dano, sendo que o ordenamento jurídico preza por tudo aquilo que é lícito, ou seja, o sujeito tem o dever de agir em conformidade com a imposição legal, que uma vez contrariada, causará um dano a outrem passível de indenização.

De acordo com Baptista (2003, p.59), “podemos definir a responsabilidade civil como sendo a relação obrigacional decorrente do fato jurídico dano, na qual o sujeito do direito de ressarcimento é o prejudicado, e o sujeito do dever o agente causador ou o terceiro a

quem a norma imputa a obrigação”. Sendo assim, todo indivíduo que não agir em conformidade com o ordenamento jurídico, desobedecendo as suas normas, ficará obrigado a reparar o dano que causar a outra pessoa pela prática de uma conduta ilícita.

O instituto do Direito de Família é regido por princípios constitucionais dotados de força normativa e, portanto, devem ser observados por todos que compõem a entidade familiar. Destacando-se no presente trabalho, a importância do princípio da paternidade responsável, elencado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §7º, onde é garantido o livre planejamento familiar, desde que obedecidos os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Tal princípio baseia-se na ideia de que o planejamento familiar é livre, porém a paternidade não, uma vez que, o casal opte em ter filhos estarão vinculados a obrigações passíveis de obediência, agindo os pais em contrário, lesionaram gravemente os princípios constitucionais, como afirma Pires (2013, p. 1),

O princípio da paternidade responsável significa responsabilidade e esta começa na concepção e se estende até que seja necessário e justificável o acompanhamento dos filhos pelos pais, respeitando-se assim, o mandamento constitucional do artigo 227, que nada mais é do que uma garantia fundamental.

Diante disso, fica claro que a paternidade responsável é um princípio constitucional que deve ser obedecido por ambos os pais, desde a concepção do filho até atingida sua maioridade, partindo do pressuposto legal que o planejamento familiar é livre, mas a paternidade não, pois, uma vez concebida a filiação, os genitores ficam obrigados a observarem os direitos e deveres inerentes à pessoa do filho. O princípio em estudo encontra-se implícito em mais um dispositivo legal da Constituição Federal de 1988, no artigo 227, quando afirma que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de discriminação, vedando expressamente as designações discriminatórias relativas ao estado de filiação. O Estatuto da Criança e do Adolescente, também tratou tal princípio, quando afirma que toda criança e adolescente terá direito, na medida do possível, de conhecer seus pais e ser cuidada por eles.

Sendo assim, verifica-se que o princípio da paternidade responsável encontra-se positivado em vários dispositivos legais, possuindo força normativa e aplicabilidade imediata,

devendo ser observado por todos que optem pela filiação, ou seja, ambos os pais devem agir com total responsabilidade em relação aos direitos dos filhos, ressaltando que tal princípio uma vez violado, fere imediatamente a dignidade da pessoa humana, visto que ambos encontram-se intimamente ligados.

Continuando nesse sentido, de que os pais devem exercer a paternidade de forma responsável, observando os direitos e deveres inerentes a filiação, passamos a abordar o instituto do poder familiar, caracterizando-se pelo exercício da autoridade parental dos pais sobre os filhos. Como foi abordado anteriormente, o poder familiar passou por uma mudança radical, antes sendo o pátrio poder, levando em conta apenas o poder que os pais tinham sobre os filhos, sendo estes tratados como meros objetos de direito.

Após a Constituição Federal de 1988, o pátrio poder foi modificado em detrimento do poder familiar, que passou a tratar os filhos como sujeitos em desenvolvimento, devendo os genitores se responsabilizarem integralmente pela formação de sua personalidade e tudo aquilo que lhe pertencer. Como afirma Lôbo (2011, p.295), “a mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, ao interesse de sua realização como pessoa em desenvolvimento”, ou seja, os pais devem agir visando sempre o melhor interesse do filho, e não o seu, visto que os direitos pertencem à pessoa do filho, por se encontrarem em processo de desenvolvimento, e, portanto, necessitam de uma proteção integral.

Dessa forma, conclui-se que o poder familiar é exercido em benefício do menor, configurando-se em direitos e deveres, que tem por objetivo o interesse do filho. Retomando a ideia de que o planejamento familiar é livre, mas a paternidade não, entende-se que o poder familiar é uma consequência desta, uma vez que, concebida a filiação, surgem obrigações a serem cumpridas, exercendo dessa forma a paternidade responsável por meio do poder familiar, que confere a autoridade parental dos pais sobre os filhos, tendo em vista sempre o melhor interesse desses.

De acordo com Dias (2009, p.383), “o poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho”. O Estatuto da Criança e do Adolescente afirma, em seu artigo 21, que o poder familiar será exercido em conjunto pelos genitores, de forma igualitária pelo pai e pela mãe, e mesmo os pais estando separados, o poder familiar não cessa, por ser inerente a filiação.

É nesse diapasão, que firmamos o entendimento de que é possível a genitora ser responsabilizada civilmente pela ocultação da paternidade, visto que a mesma não tem autonomia própria para praticar tal conduta, pois o Direito de Família traça as responsabilidades parentais a serem obedecidas e observadas, em relação ao direito de filiação. Apesar das divergências que predominam na doutrina, os Tribunais Superiores já firmaram o entendimento de que é possível a aplicação do instituto da Responsabilidade Civil no ramo do Direito Familiar, causando a reparação de danos causados nas relações afetivas. Conforme Farias e Rosenvald (2010, p.87),

Seguramente, a obrigação de reparar danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes da prática de um ato ilícito também incide no Direito de Família. Por certo, não se pode negar que as regras da responsabilidade civil invadem todos os domínios da ciência jurídica, ramificando-se pelas mais diversas relações jurídicas, inclusive as familiaristas.

Nessa cognição, de que é possível a aplicação da Responsabilidade Civil nas relações familiares, e como foi analisado anteriormente, esta se caracteriza como uma obrigação em reparar o dano causado a outrem pela prática de um ato ilícito, enquadrados, dessa forma, a conduta da genitora que oculta a paternidade, tendo em vista que o Direito de Família aponta responsabilidades a serem cumpridas a rigor no que se refere a filiação. Como foi dito acima, o planejamento familiar é livre, porém a paternidade não, concebida a filiação, esta deve ser exercida de forma responsável, conforme o princípio constitucional da paternidade responsável, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, analisamos o instituto do poder familiar, que deve ser exercido sempre no melhor interesse da criança, por se tratar de um indivíduo em formação, tendo em vista a proteção integral de seus direitos.

Diante dessas considerações, a mãe que oculta à paternidade de um filho encontra-se praticando um ato ilícito, na medida em que sua conduta não se encontra em conformidade com o disposto no Direito de Família, ferindo várias vertentes, inclusive os direitos e deveres inerentes ao pai por natureza, sendo, portanto, um comportamento reprovável pelo ordenamento jurídico.

Dispusemo-nos a fazer uma análise minuciosa dos elementos que compõem a responsabilidade civil, em relação à ocultação da paternidade pela genitora. Começando pelo primeiro elemento que é a conduta, caracterizando-se como o comportamento humano voluntário contrário ao ordenamento jurídico, exteriorizando-se tanto pela ação, como também pela omissão.

No presente momento, estamos analisando a conduta da mãe que oculta à paternidade, que, por sua vez, se encaixa perfeitamente como uma conduta omissa, pois tinha o dever de agir em conformidade com o que dispõe o Direito de Família e não o faz, na medida em que dissimula a paternidade. Em seguida, temos o nexo causal, ao qual se configura pela conduta da mãe, pois se não fosse praticada, o resultado final seria evitado. Logo depois, temos o dano, elemento imprescindível para que se configure a Responsabilidade Civil, que no momento são os danos causados a pai e filho pela ocultação da paternidade, na medida em que viola os direitos e deveres pertencentes ao pai, lesionando, também, o interesse do menor. Nas palavras de Carvalho Neto (2011, p.488),

Uma última hipótese em que se pode reconhecer o cabimento de obrigação de indenizar diz respeito à ocultação, pela mãe, do nascimento ou da paternidade de uma criança. O pai tem, além de inúmeros deveres, também alguns direitos. Entre eles encontra-se o de gozar da companhia da criança durante toda sua vida.

Levando em consideração que as relações familiares não geram situações de risco para ninguém, a responsabilidade civil da mãe se configura na espécie subjetiva, fundada na teoria da culpa, tanto em lato senso abrangendo o elemento do dolo, como em estrito senso, quando o sujeito age de forma voluntária e previsível, tendo consciência de que está praticando um ato contrário ao ordenamento jurídico.

A genitora oculta à paternidade por uma falta de cautela, em observar o que dispõe o Direito de Família em relação ao direito de filiação, nesse sentido, a ausência de cautela por parte da mãe se exterioriza através da negligência, que para Cavalieri Filho (2010, p.37), “é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva”, visto que a mãe deixa de praticar o que é determinado pelo Direito Familiar, ferindo, por exemplo, o princípio da paternidade responsável e o instituto do poder familiar.

Diante disso, conclui-se o entendimento de que é possível responsabilizar civilmente a genitora que oculta à paternidade, compreendendo que a prática de tal conduta configura-se como um ato ilícito, conforme versa o instituto da Responsabilidade Civil, ao qual garante a reparação de um dano causado a outrem pela prática de um ato contrário ao direito, e como foi analisado anteriormente a mãe que oculta a paternidade age em desconformidade ao disposto no Direito de Família, inviabilizando o exercício do poder familiar, um direito/dever consagrado por natureza ao pai, e, ainda, não obedece o que impõe o princípio da paternidade responsável, lesionando a dignidade do filho e o seu melhor interesse.

#### **4.3 Danos causados as Vítimas pela ocultação da Paternidade**

No que se refere ao fenômeno jurídico da Responsabilidade Civil, verificamos a existência de três elementos para sua configuração de fato: a conduta, o nexo causal e o dano, sendo esse último considerado pela maior parte da doutrina como o elemento essencial, afirmando que sem dano não há que se falar em responsabilidade civil, visto que, essa é uma espécie de obrigação jurídica com o intuito de reparar um prejuízo causado a terceiro pela prática de um ato ilícito. Portanto, sem a existência concreta de um dano, não é possível a aplicação da Responsabilidade Civil, uma vez que isso aconteça, ensejará um enriquecimento ilícito por parte de quem recebe e um prejuízo econômico por aquele que paga, como afirma Carvalho Neto (2011, p.55), “a primeira afirmação a se fazer quando se trata do dano é que, não havendo dano, não há, em consequência, obrigação de reparar”.

Vale ressaltar que, a doutrina clássica costuma caracterizar o dano como material ou moral, sendo o primeiro toda lesão que cause diminuição direta no patrimônio da vítima, e o segundo, toda lesão que fere bens imateriais da vítima, como o direito de personalidade, que atinja gravemente sua integridade moral. De acordo com Baptista (2003, p.78),

O dano é patrimonial ou material quando atinge bens integrantes do patrimônio de uma pessoa, ou seja, bens materiais suscetíveis de apreciação econômica e, por exclusão, diz-se que o dano é extrapatrimonial ou moral quando a lesão agride bens imateriais insuscetíveis de avaliação em dinheiro, e que compõem o núcleo dos direitos de personalidade.

Baseia-se nessa perspectiva, o entendimento de que se configura a responsabilidade civil perante a genitora que oculta à paternidade, visto que, esta pratica uma conduta ilícita, na medida em que deixa de observar as vertentes impostas pelo Direito de Família, gerando uma obrigação em reparar os danos causados às vítimas. Nas palavras de Carvalho Neto (2011, p.488), “a ocultação ao pai, pela genitora da criança, do nascimento, ou mesmo a ocultação do fato de ser ele o pai da criança, gera para este um dano moral irreversível, que também é indenizável”.

No âmbito do Direito Civil, qualquer comportamento humano que lesione direitos ou cause prejuízo a outrem constitui um ato ilícito, gerando um dano passível de reparação, independente da existência de uma lei formal que defina as hipóteses do que seja ato ilícito, como ocorre no Direito Penal.

Destarte, na medida em que a mãe dissimula a presença paterna da vida da criança, além de violar direitos e deveres assegurados nas relações familiares, acarreta inúmeros danos às vítimas, muitas das vezes irreversíveis. Começando pela violação ao direito de personalidade que é inerente à pessoa do filho, visto que o estado de filiação se encaixa nas hipóteses de direito personalíssimo, sendo a presença do pai parte imprescindível na formação de sua identidade pessoal, causando um dano moral, conforme o prejuízo que é gerado no seio dos direitos à personalidade de um indivíduo.

Seguindo essa linha de raciocínio, verifica-se que a mãe através de sua conduta ilícita pela ocultação da paternidade causa uma ruptura em vários dos princípios constitucionais garantidos pelo instituto do Direito de Família. Como dispõe o princípio da convivência familiar é assegurado o direito à criança de viver em um ambiente comum à família, proporcionando relações de vínculos afetivos e duradouros entre os membros da entidade familiar, tal princípio é considerado de suma importância na seara do Direito de Família, segundo Lôbo (2011), a convivência familiar deve prevalecer sobre o poder familiar, pois,

mesmo com o divórcio ou a dissolução da união estável, o filho tem direito a convivência com ambos os pais.

Diante disso, a mãe que debruça a figura paterna da vida do filho, afeta a convivência familiar entre ambos, e, dessa forma, lesiona também o princípio do melhor interesse da criança, ao qual prioriza o sujeito em desenvolvimento, devendo os genitores agir em função dos direitos dos filhos. O princípio da afetividade mesmo que implícito na Constituição Federal de 1988, possui fundamento constitucional, sendo atualmente o princípio basilar para o Direito de Família, defendendo a importância do afeto nas relações familiares, como afirma Madaleno (2017, p. 2), “os filhos tem o direito a convivência com os pais e tem a necessidade inata do afeto do seu pai e da sua mãe, porque cada genitor tem uma função específica no desenvolvimento da estrutura psíquica da prole”.

Sendo assim, não restam dúvidas, a mãe que oculta à paternidade do filho viola princípios que regem o Direito de Família e que são garantidos constitucionalmente, quebrando o direito a convivência entre pai e filho, e dessa forma não garante o melhor interesse da criança, na medida em que dissimula a figura paterna; prejudicando ainda o princípio da afetividade, impedindo a existência do afeto entre pai e filho.

Ademais, constata-se que a conduta da mãe além de violar princípios constitucionais, vai de encontro com o que dispõe a responsabilidade parental, como foi visto, a filiação advém e com ela surgem direitos e deveres a serem observados. No dizer de Gama, (2011, p.532), “o desejo de procriar, insito às pessoas em geral, não enfeixa apenas benefícios ou vantagens à pessoa, mas impõe à assunção de responsabilidades das mais importantes na sua vida cotidiana a partir da concepção e do nascimento do filho”. Nesse sentido, a mãe que oculta à paternidade não age de maneira responsável, visto que não observa os direitos e deveres inerentes ao direito de filiação, deixando de lado o melhor interesse da criança, agindo com autonomia própria.

Outrossim, entendemos que a conduta ilícita da mãe em ocultar a paternidade causa um dano moral irreversível para as vítimas, em face do tempo perdido na relação paterno-

filial, pois, o decurso do tempo é fatal no que se refere à reconstrução do afeto quebrado entre as vítimas, analisando a decisão citada por Cahali (2011, p.583),

Acórdão não recente acórdão do TJMG havia acolhido pedido de indenização de danos morais, formulado pelo filho com fundamento no afastamento paterno, em desrespeito à relação paterno-filial, e apontando como causa de desenvolvimento de sintomas psicopatológicos do autor: A dor sofrida em virtude do abandono paterno, que o privou à convivência, ao campo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

Compreendendo a decisão supracitada, entendemos que o dano moral pode ser aplicado em relação à conduta da mãe que dissimula o pai da vida do filho, fazendo uma interpretação por analogia ao abandono afetivo por parte do pai, verificamos, assim, o prejuízo que causa a ausência paterna na vida de um filho.

É nessa compreensão, que findamos o nosso entendimento de que é possível a genitora ser responsabilizada civilmente pela conduta que visa ocultar à paternidade, visto que o instituto da Responsabilidade Civil assegura a indenização de danos causados a um terceiro pela prática de ato ilícito, ou seja, para que se configure de fato a responsabilidade em reparar o dano é necessário que exista um ato ilícito, e como foi abordada de forma minuciosa, a prática da conduta por parte da genitora caracteriza-se como ilícita, na medida em que deixa de observar o que dispõe o Direito de Família, ferindo várias diretrizes e, dessa forma, causando inúmeros prejuízos às vítimas, quais sejam pai e filho.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As relações familiares têm sofrido grandes modificações no decorrer do tempo, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, moldando o ordenamento jurídico conforme a sociedade adquire novos costumes decorrentes do processo de transformação. A Carta Magna, trouxe mais força normativa e aplicação imediata aos princípios constitucionais que norteiam as relações familiares, devendo ser obedecidos por todos os membros que compõem a entidade familiar, sem exceção, visto que o Direito de Família traça direitos e deveres a serem cumpridos.

Destacando-se no presente trabalho, os princípios da paternidade responsável, da convivência familiar, do melhor interesse da criança e da afetividade. Ademais, nos deparamos com o instituto do poder familiar, uma das evoluções mais radicais dentro do Direito de Família, o qual, o legislador passou a tratar os filhos como sujeitos passíveis de direitos, caracterizando-se como um instituto de proteção integral, devendo ser exercido de forma responsável por ambos os genitores, visando sempre o melhor interesse da criança, tendo em vista que são indivíduos em desenvolvimento e precisam de uma proteção integral.

Nessa perspectiva, de que o Direito de Família traça direitos e deveres passíveis de obediência, entendemos que deve ser responsabilizada civilmente a genitora que oculta a paternidade, pois a mesma age em desobediência ao que dispõe o direito familiar e tão logo sua conduta caracteriza-se como um ato ilícito. Na medida em que a mãe oculta à paternidade, ela vai de encontro ao ordenamento jurídico, ferindo o poder familiar, um direito/dever inerente ao pai, decorrente da filiação; e deixa, também, de observar princípios constitucionais que regem as relações familiares.

O instituto da Responsabilidade Civil afirma que todo aquele que causar uma lesão ao direito de outrem pela prática de um ato ilícito, fica obrigado a reparar o prejuízo causado, portanto, o direito preza por tudo que é correto, ou seja, espera que todo indivíduo aja de forma lícita, devendo obedecer às normas que compõem o ordenamento jurídico. Sendo assim, quem age em desconformidade com a imposição legal pratica um ato reprovado pelo direito, e a partir daí surge à obrigação em reparar o dano causado a outrem decorrente da conduta ilícita, caracterizando-se a Responsabilidade Civil. Diante disso, concluímos que a genitora que oculta à paternidade deve de fato ser responsabilizada civilmente, pois sua conduta se enquadra perfeitamente aos elementos que compõem o instituto da Responsabilidade Civil.

Como foi relatado, o Direito de Família dispõe de várias obrigações a serem obedecidas pelos membros da entidade familiar, como exemplo, os princípios constitucionais que regem as relações familiares, em especial o princípio da paternidade responsável, garantindo que a filiação seja exercida de forma responsável pelos pais, priorizando o melhor

interesse da criança; temos ainda o poder familiar, que é um instituto de proteção aos filhos e um direito/dever inerente a ambos os pais.

Portanto, a genitora que oculta à paternidade pratica uma conduta ilícita, tendo em vista que a mesma age com autonomia própria e deixa de observar o que impõe o Direito de Família em relação ao direito de filiação, inviabilizando o exercício do poder familiar inerente ao pai sobre o filho, deixando de atender o melhor interesse da criança, e ferindo, ainda, a convivência familiar entre ambos que, em decorrência disso, deixa de existir afeto entre pai e filho.

## REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria geral do dano:** de acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil:** teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BRASIL. Código Civil. In: **Vade Mecum Universitário de Direito Rideel.** São Paulo: Rideel, 2014. 2086 p.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal. In: **Vade Mecum Universitário de Direito Rideel.** São Paulo: Rideel, 2014. 2086 p.

\_\_\_\_\_. Estatuto da Criança e do Adolescente. In: **Vade Mecum Universitário de Direito Rideel.** São Paulo: Rideel, 2014. 2086 p.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade civil no direito de família.** Curitiba: Juruá, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2010.

CNJ. **Pai Presente.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/infancia-e-juventude/pai-presente>>. Acessado em 29 Abr. 2014.

D'ANGELO, Suzi; D'ANGELO, Élcio. Capítulo VI – Da paternidade. In: \_\_\_\_\_.(org). **Direito de Família.** Leme-SP: Anhanguera Editora, 2012. p.233-262.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil**. Vol 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da Paternidade Responsável. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org). **Família e sucessões: relações de parentesco**. Vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. Vol 6. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil: de acordo com o novo código civil (lei n.10.406, de 10-1-2002)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf . **O Dano Moral na Investigação de Paternidade**. Porto Alegre: Rolf Madaleno, 2008. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=32>>. Acessado em 28 de Mar. de 2014.

\_\_\_\_\_. **O Custo do Abandono Afetivo**. 201?. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=943>>. Acesso em: 31 Abr. 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. 5. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2009.

PIRES, Thiago José Teixeira. **Princípio da paternidade responsável**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3586, 26 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24305/principio-da-paternidade-responsavel#ixzz30zqdHv00>>. Acesso em: 31 Mar. 2014.

REIS, Clayton. A Responsabilidade Civil em face da violação aos Direitos da Personalidade no Direito de Família. In: REIS, Clayton (coord). **Responsabilidade Civil em face da violação aos Direitos da Personalidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p.13-29.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – 3º TURMA. **Recurso Especial nº 1159242-SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Acórdão. Brasília, 24.04.2012. DJ de 10/05/2012. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&data=%40DTDE+%3E%3D+20120423+e+%40DTDE+%3C%3D+20120424&livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&data=%40DTDE+%3E%3D+20120423+e+%40DTDE+%3C%3D+20120424&livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 29 Abr. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas 2010.