



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NOS CASOS DE
OMISSÃO INTENCIONAL DA IDENTIDADE DO GENITOR PELA GENITORA

Beatriz Walcher Silva Montorsi

Rio de Janeiro

2018

BEATRIZ WALCHER SILVA MONTORSI

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NOS CASOS DE
OMISSÃO INTENCIONAL DA IDENTIDADE DO GENITOR PELA GENITORA

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NOS CASOS DE OMISSÃO INTENCIONAL DA IDENTIDADE DO GENITOR PELA GENITORA

Beatriz Walcher Silva Montorsi

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogada.

Resumo — o presente artigo analisa a responsabilidade civil em razão da ocultação intencional da identidade do genitor, questão ainda não abordada pelo Judiciário brasileiro. Diante do princípio da afetividade, do melhor interesse do menor, da convivência familiar e da solidariedade familiar e tendo em vista o direito ao conhecimento da origem genética, a não revelação do nome do pai e os danos dele decorrentes não podem estar ao desamparo do ordenamento jurídico pátrio. Verifica-se que, embora não haja posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema, a questão é recorrente e extremamente relevante e, portanto, merece maior atenção.

Palavras-chave — Direito de Família. Ocultação da identidade do genitor. Teoria da perda de uma chance.

Sumário: Introdução. 1. A ocultação intencional da identidade do genitor pela genitora e a ausência de regulação legal do tema. 2. O direito à origem genética *versus* direito à intimidade da genitora: um conflito entre direitos fundamentais. 3. A aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de ocultação intencional da identidade do genitor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica destina-se à análise da possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de ocultação intencional da identidade do genitor pela genitora. Procura-se demonstrar que a referida conduta omissiva gera prejuízos para o filho, que teve subtraída a chance de ter um pai.

A participação dos pais na vida dos filhos é dever dos primeiros e direitos dos segundos. No entanto, muitas mães, pelas mais diversas razões, se destinam a não revelar o nome do pai de seus filhos, ainda que o saibam, impondo aos últimos as consequências daí decorrentes.

Partindo-se de tal constatação, questiona-se se, uma vez verificada a possibilidade, no caso concreto, de o filho ter sido criado, educado, sustentado e amado por seu pai, caberia responsabilização da genitora pela omissão que gerou danos ao filho?

De pronto, registre-se que as respostas negativas, sob qualquer fundamento, resultariam na afirmação de que está a sorte da mãe uma decisão crucial e que gera impactos diretos na história de vida e, muitas das vezes, no futuro do filho.

Em verdade, a conduta da mãe consistente em não revelar o nome do genitor alija do filho da possibilidade de formar o vínculo paterno filial e de desfrutar das benesses daí decorrente, violando, ainda, o direito à origem biológica e direito à convivência familiar positivados no ordenamento jurídico pátrio.

Registre-se que, tal situação, em que pese não seja incomum, não encontra regulação pelo ordenamento jurídico, é pouco abordada pelos doutrinadores e ainda não foi enfrentada pelos Tribunais Superiores.

Assim sendo, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com o exame da omissão do legislador acerca da previsão de medidas e de punições em face da ocultação intencional pela genitora do nome do pai, ficando tal questão à margem de disciplinamento ilegal, embora não rara sua ocorrência no meio social.

No segundo capítulo, discorre-se sobre a ponderação entre dois direitos fundamentais, ou seja, sobre o que deve prevalecer: o direito à intimidade da mãe, resguardando-se aquela que não quer revelar a identidade do genitor ou o direito à origem biológica do filho, que busca conhecer sua origem genética e a chance de ter um pai?

O terceiro capítulo, por sua vez, destina-se ao detalhamento da primordial questão que aqui se coloca, qual seja a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos de ocultação intencional da pessoa do genitor pela mãe, buscando-se averiguar o cabimento de reparação ao filho que teve subtraída a chance de ter um pai, mediante a análise de se, no caso concreto, haveria ou não tal possibilidade.

A pesquisa será desenvolvida, no que toca aos objetivos, pelo método descritivo, porque o pesquisador buscará principalmente descrever, analisar e verificar as relações entre fatos e fenômenos (variáveis), ou seja, tomar conhecimento do que, com quem, como e qual a intensidade do fenômeno em estudo.

Para tanto, a abordagem do método da pesquisa será qualitativo, uma vez que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. A OCULTAÇÃO INTENCIONAL DA IDENTIDADE DO GENITOR PELA GENITORA E A AUSÊNCIA DE REGULAÇÃO LEGAL DO TEMA

Todo ser humano é fruto do encontro dos materiais fecundantes masculino e feminino e, portanto, do ponto de vista biológico possui um genitor e uma genitora, que lhe deram a vida e que deveriam ser os responsáveis pelo seu desenvolvimento, crescimento, formação e sustento.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz conceitua que "filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida"¹.

Muito embora o viés biológico da filiação, a mudança no paradigma familiar teve implicações na caracterização do vínculo filial, culminando no fato de que a filiação hoje é reconhecida muito mais pelos laços afetivos travados, do que por critérios naturais, uma vez que pai e filho são aqueles unidos, sobretudo, por um laço de amor e carinho, que é construído através da convivência.

A importância do estabelecimento de uma relação afetiva entre pai e filho é resultado da crescente preocupação com a integridade psicossocial do indivíduo, como expressão da dignidade da pessoa humana, já que o acesso à relação filial é fundamental do ponto de vista moral, emocional, social e psicológico dos indivíduos.

Nessa seara, destaque-se que o verdadeiro convívio familiar só se verifica quando à criança é dada a possibilidade de gozar da presença do pai e da mãe, o que lhe permite uma formação plena e o direito à felicidade, na medida em que terá sua vida agraciada por ter tido consigo, ao longo do seu desenvolvimento, aqueles que lhe deram muito mais do que o existir.

Pode-se afirmar, peremptoriamente, que ser filho de alguém é interesse legítimo dos indivíduos, visto que a importância da filiação é fato de conhecimento geral e que tem sua devida relevância para o todo social, sobretudo quando na sociedade se percebe os efeitos irreparáveis da ausência de identificação filial.

Deve-se assegurar, portanto, que ao filho seja dada a oportunidade de, verdadeiramente, ser filho, a partir da presença eficiente do pai na sua educação, na sua criação e na sua própria vida de um modo geral, o que implica numa série de consequências vantajosas para ambas as partes, já que experimentarão de um relacionamento sólido e construtivo na sua mais sublime forma.

¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.499.

Em que pese seja indiscutível o acima descrito, na prática nem sempre é tão fácil a formação do vínculo paterno-filial, seja pelo desinteresse dos genitores em assumir a paternidade, seja pela perversa prática de se impor aos filhos a ocultação da identidade do pai para atender a interesses próprios da genitora.

Em relação à última hipótese, que é a que interessa para o estudo que aqui se pretende fazer, cabe registrar que as violações ao direito de ser filho perpetradas pelas mães são uma realidade social latente, já que são inúmeros os casos em que se verifica tal situação.

O nosso ordenamento jurídico impõe o reconhecimento jurídico da filiação, como consectário do direito à identidade e do princípio da preservação da personalidade humana, sendo verdadeiro direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, conforme o artigo 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente².

Ocorre, porém, que para ter o seu direito à filiação reconhecido, a criança necessita que a mãe identifique perante a autoridade competente o genitor, o que nem sempre se verifica na prática.

Muitas das vezes, questionada sobre o suposto genitor do menor, a mãe afirma não saber seu nome, seu paradeiro ou até mesmo quem o seja e, não tendo o Ministério Público meios para aferir a veracidade das alegações, chancela-se a ausência da figura paterna na certidão de nascimento e na vida do indivíduo.

Tal atitude, não só agride o direito do filho ter um pai, como também torna inócuos os mecanismos legais dispostos para garantir o reconhecimento da paternidade, aplicáveis aos casos em que a paternidade não é espontaneamente reconhecida pelo genitor.

Não obstante a escassez de legislação que discipline o tema, essa situação é recorrente na sociedade brasileira e é de suma relevância jurídica e social, na medida em que, a um só tempo, a genitora inviabiliza o direito de o genitor se tornar pai e impede que o filho tenha sua paternidade conhecida e, por vezes, efetivada.

Diante disso, ao verdadeiro pai, caso nem venha a tomar conhecimento da gravidez, é imposto, sem possibilidade de total reversão, o não exercício da paternidade, na medida em que não vai despender de afeto, sustento, educação, criação e todos os demais direitos para com o filho, desde o seu nascimento.

Na verdade, o que se percebe, portanto, é que muitas vezes a efetivação do direito fundamental de ser filho e de ver reconhecida a paternidade fica condicionado a interesses

²BRASIL *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 8 abr. 2018.

peçoais da mãe, os quais, infelizmente, se sobrepõem em detrimento do que é essencial para a felicidade e bom desenvolvimento de seu filho.

Nesse sentido, aponta Milton Soares que³:

[...] como se trata de menores exigindo-se representação para o processo, o que acontece na prática é que esse direito tão fundamental que é o de ter a paternidade conhecida e reconhecida, nem sempre se concretiza, ficando a cargo da vontade e interesse da mãe a garantia deste direito, mãe que muitas vezes não tem a noção exata da importância deste direito, e que outras vezes se deixa levar por sentimentos, de amor ou de ódio em relação ao pai [...].

Registre-se que, embora tal constatação, não se pode admitir que uma mãe imponha a um filho tamanho sofrimento, angústia e ausência, apenas para atender a interesses próprios e, muitas das vezes, secundários frente aos benefícios que ver se reconhecido como filho e o efetivo exercício da paternidade representam na vida das pessoas.

A não revelação da identidade do pai representa o sofrimento do filho perpetrado pela mãe, que subtrai daquele um direito fundamental, que deveria ser garantido, promovido e respeitado por todos. No entanto, muitas vezes tal direito é injustamente desrespeitado, sem que haja previsão de qualquer sanção correspondente.

Registre-se que, o direito ao reconhecimento da paternidade é direito absoluto que deve ser garantido aos filhos, inclusive em face dos pais.

Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros⁴. (BRASIL, STJ, RESP 833712/RS, Relatora Nancy Andriahi, 2007).

No âmbito das relações entre pais e filhos, devem sobressair as atitudes dos pais que visem promover a convivência familiar, o compartilhamento de deveres e direitos dos pais em relação aos filhos e o reconhecimento da individualizada importância da presença do pai e da mãe para o bom desenvolvimento e formação social, moral e psíquica dos filhos.

É evidente desta forma que a genitora, com sua omissão, também desatende aos deveres correlatos ao poder familiar, na medida em que deixa de proporcionar ao filho a chance de obter acesso a uma ampla convivência familiar e a chance de obter o amor, o sustento e o apoio paternos.

³ SOARES, Milton Ferreira. *Ação de investigação de paternidade tendo como investigador o suposto pai*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/171.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2018.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº833712/RS. Relator: Ministra Nancy Andriahi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8930079/recurso-especial-resp-833712-rs-2006-0070609-4-stj/relatorio-e-voto-14096685?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18. abr. 2018.

Além disso, não revelar o nome do pai ao filho significa deixar de respeitar o direito de o filho ter o seu estado de filiação reconhecido, bem como o seu direito à origem genética, os quais deveriam ser assegurados.

Por isso, defende-se que deveriam existir meios mais efetivos a fim de se evitar a omissão intencional pela genitora da identidade do pai, uma vez tal conduta representa a forma mais drástica de alienação parental e possui sérias consequências tanto para o filho que deixou de ter um pai, quanto para o pai que não exerceu a paternidade.

A Lei nº 12.318/2010⁵ contemplou em seu bojo mecanismos para coibir a prática de atos de alienação parental, porém não contempla expressamente a situação aqui posta, ficando à margem de qualquer regulação a violação perpetrada pela mãe, que deveria ser a pessoa com maior interesse em garantir o melhor para o seu filho.

Ante a ausência de previsão de punição para tais casos de omissão, cabe ao Poder Judiciário ter uma atuação pró ativa no que tange à regulação de situações que, embora desprovidas de previsão legal, são recorrentes e relevantes do ponto de vista jurídico e social que, por isso, merecem um norte capaz de combater injustiças.

Garantir que crianças, adolescentes e até mesmo adultos tenham convivência com as figuras materna e paterna é um ato de amor, que atende à determinação constitucional de convivência familiar e abre um leque de direitos e uma gama de possibilidade.

Por isso, o ordenamento jurídico brasileiro deveria prever uma penalidade a ser aplicada quando verificada a violação do direito que os filhos possuem de conhecer a a identidade de seu genitor, como há referência no direito argentino a uma “*responsabilidad civil intrafamiliar*”⁶, verificada quando os pais negam o direito à origem genética a seus filho.

Diante de todo o exposto, cabe registrar, por fim, que a omissão do legislador no tocante à regulação de punições e medidas mais efetivas ao combate da sonegação da figura do genitor pela mãe chancela a ocorrência de injustiças, na medida em que deixa impune uma conduta transgressora de direitos da personalidade do indivíduo.

A frustração, a um só tempo, da possibilidade que o filho teria de ter convivência com seu pai e da possibilidade que o pai teria de criar seu filho não pode ser tratada como conduta irrelevante e despida de sanção, na medida em que causa danos ao pai e ao filho e fere o ordenamento jurídico.

⁵BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 9.Set.2018.

⁶BASTOS, Ísis Boll de Araujo. *O direito à identificação da paternidade versus o direito à privacidade da mãe: análise de caso prático*. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/Vmostra/V_MOSTRA_PDF/Direito/83267-ISIS_BOLL_DE_ARAUJO_BASTOS.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2018.

2. DIREITO À ORIGEM BIOLÓGICA *VERSUS* DIREITO À INTIMIDADE DA GENITORA: UM CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Prima facie, registre-se que ordenamento jurídico pátrio não contempla regras para solução do conflito entre os direitos fundamentais, em que pese não sejam raros. Por isso, são diversas as situações nas quais os Tribunais são instados a decidir qual direito fundamental deve prevalecer em caso de colisão, tendo em vista que a Constituição Federal⁷ contempla uma variedade de direitos dessa espécie.

No âmbito do estudo que aqui se pretende fazer, destaca-se o conflito entre o direito do filho à origem biológica e o direito da genitora no que toca ao resguardo de sua intimidade, já que, não raras vezes, a pessoa tem interesse em saber sua ascendência genética, mas a mãe não se propõe a revelar o nome do sabido pai.

Diante de tal problemática, que não encontra uma resposta fácil no meio jurídico e que, portanto, diverge opiniões, a primeira questão a ser examinada é se existe a obrigação de a mãe informar o filho ou a autoridade competente o nome do genitor.

Acerca do tema, há quem entenda que a genitora é obrigada a declinar o nome do suposto pai e, por outro lado, há quem entenda o oposto, estando tal controvérsia longe de alcançar um consenso.

Há que se ressaltar, contudo, que o ordenamento jurídico brasileiro não contempla regra expressa que imponha à mãe a obrigação de revelar o nome do conhecido pai de seu filho, seja no ato do registro de nascimento, seja mediante provocação de pessoa interessada.

O que se verifica segundo a Lei de Registros Públicos⁸ é que, diante da omissão do nome e demais informações do suposto pai no ato de lavratura da certidão de nascimento, o Cartório deve informar o fato à vara competente, a qual tomará as medidas cabíveis e em audiência informará a mãe do direito da criança a ter conhecimento sobre sua origem genética e dos direitos advindos do reconhecimento da filiação.

No mesmo passo da citada lei, com vistas a reduzir o número de registros de nascimento com filiação incompleta, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou o Provimento nº 12/2010⁹ por meio do qual determinou a remessa aos Juízos competentes de mídia com os nomes e endereços dos alunos que, naquela unidade da Federação, não

⁷BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 set. 2018.

⁸BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de Dezembro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 3. set. 2018.

⁹BRASIL. *Provimento do CNJ nº 12, de 06 de agosto de 2010*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_corregedoria/provimentos/provimento_n_12.pdf>. Acesso em: 3. set. 2018

possuíssem paternidade estabelecida, segundo os dados do censo escolar, a fim de facilitar e estimular o procedimento de reconhecimento da paternidade.

Tais previsões, embora sejam importantes e demonstrem notória efetividade, não ostentam natureza de obrigatoriedade no que toca à identificação do genitor, uma vez que não há meios de se obrigar ninguém a revelar nada e, muitas das vezes, as mães se mostram obstinadas, por motivos íntimos, a não apontar o nome do pai.

Desse modo, afastada a existência de obrigação legal de a mãe informar o nome do genitor, não havendo nítida resposta jurídica para os casos como estes em que de um lado há o filho querendo saber quem é seu pai e do outro há a mãe buscando preservar sua intimidade, a chave para resolver a controvérsia está em saber qual direito se sobrepõe: o direito à identidade biológica do filho ou o direito à intimidade da mãe?

É evidente que é constitucionalmente assegurado às mulheres o direito à intimidade, sendo perfeitamente possível que as mesmas mantenham às ocultas seus relacionamentos, seja porque esta é a sua vontade, seja para evitar constrangimentos sociais ou familiares.

No entanto, o próprio texto constitucional possui regras que permitem afirmar que, ante o embate entre o resguardo da mãe no tocante a seus relacionamentos e o interesse do filho em saber quem é seu genitor, o segundo deve prevalecer, como será demonstrado.

O direito à origem genética ou biológica tem base constitucional no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto como fundamento da República Federativa do Brasil no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988¹⁰, já que é inerente à vida digna o respeito aos aspectos físicos, psíquicos e morais dos seres humanos, incluindo-se entres eles direito ao conhecimento da própria historicidade pessoal.

Tal direito foi concedido expressamente aos filhos adotivos no art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹, mas estende-se aos filhos biológicos que não foram reconhecidos por seus pais, visto que o art. 227, §6º da Constituição Federal¹² confere aos filhos os mesmos direitos independente da origem da filiação.

É imperioso salientar que o direito à origem genética ou biológica integra o núcleo dos direitos da personalidade e, por isso, é intangível e indisponível e se difere do direito ao reconhecimento da paternidade, uma vez que este se relaciona, segundo a doutrina, com aspectos culturais.

¹⁰BRASIL. *op. cit.*

¹¹BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 6 set. 2018.

¹²BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 3 set. 2018.

Nesse sentido, pontua Paulo Lôbo¹³ que:

[...] os direitos da personalidade integram o núcleo intangível e indisponível da qualificação jurídica da pessoa, que destaca sua singularidade. (...) Entre eles, está o direito à identificação pessoal, que não se resume aos aspectos formais e registrais, tais como a nacionalidade, a data e o local de nascimento, a filiação e outras características exigíveis. Nele se inclui, igualmente, a identificação que brota da natureza humana, com as características irredutíveis do corpo, da mente, dos modos de expressão, natos ou adquiridos, além de, no ponto que agora nos interessa, a origem genética de cada pessoa. Diferentemente, o direito à parentalidade, inclusive o da filiação, não resulta da natureza humana. Sua natureza é cultural. Seu objeto é certificar a integração de uma pessoa em determinado grupo familiar.

Em síntese, o que se busca esclarecer com o até aqui exposto é que o direito à origem genética, por si só, não garante o efetivo exercício e os direitos decorrentes do reconhecimento da paternidade, mas apenas confere ao filho o direito de saber quem é o seu genitor.

Embora pareça pouco, tal direito deve ser sempre privilegiado, inclusive em face do direito à intimidade da mãe, uma vez que permite que o filho, ao saber quem é o seu genitor, conheça sua origem genética e pare de conviver com a terrível incerteza sobre se receberia ou não o devido afeto do pai, caso ele soubesse de sua existência.

Qualquer decisão no sentido de inviabilizar o conhecimento da origem genética representaria, em verdade, violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, dada a necessidade de os seres humanos de conhecerem sua historicidade pessoal.

No mesmo sentido, entendeu a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrichi no REsp 833712/RS:

[...] Assim, caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercar o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica¹⁴ [...] (BRASIL, STJ, RESP 833712/RS, Relatora Nancy Andrichi, 2007).

Não bastasse o até aqui exposto indicar claramente o direito fundamental que deve prevalecer, no tocante às crianças e aos adolescentes, a Constituição Federal adotou em seu art. 227¹⁵ a doutrina da proteção integral, dispondo sobre a necessidade de se respeitar o conjunto de direitos fundamentais das pessoas em desenvolvimento.

¹³LÔBO, Paulo. *Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-14/processo-familiar-direito-conhecimento-origem-genetica-difere-filiacao>>. Acesso em: 09 set. 2018.

¹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº833712/RS. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8930079/recurso-especial-resp-833712-rs-2006-0070609-4-stj/relatorio-e-voto-14096685?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18. abr. 2018.

¹⁵BRASIL. *op. cit.*

Do dispositivo constitucional acima exposto e do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶, extrai-se o princípio do melhor interesse do menor que pode ser traduzido na necessidade, de maneira absoluta, de as decisões judiciais observarem o que é melhor para o menor, a fim de que lhes seja assegurado o rol de direitos previstos na Constituição, entre eles o direito à convivência familiar.

Sem sombra de dúvidas, atende ao melhor interesse do menor o conhecimento de sua origem genética e não a preservação da intimidade da mãe, visto que o primeiro garante, no mínimo, o preenchimento do vazio gerado por não saber quem é o seu genitor, já que muitas vezes a descoberta tardia da identidade do genitor torna-se obstáculo ao estabelecimento da relação entre pai e filho.

Cabe registrar que a posição até aqui exposta não encontra-se isolada, tendo guarida na doutrina, como bem expõe o Promotor de Justiça André Luiz Nogueira da Cunha¹⁷:

Muito embora a lei nada mencione sobre a obrigatoriedade da genitora em declinar o nome do suposto pai, dois entendimentos têm sido manifestados pelos operadores do direito: a genitora é obrigada a declinar o nome do suposto pai; a genitora não é obrigada a declinar o nome do suposto pai. Para os primeiros, a paternidade responsável e o direito indisponível ao estado de filiação garantem que a genitora tem o dever de declinar o nome, a identificação e a qualificação, do suposto pai, sob pena de suspensão e perda do pátrio poder, por abandono, ao deixar de garantir ao filho o exercício de um direito fundamental e indisponível, ou por infringir a obrigação legal de suprimento do consentimento e da vontade, e a aplicação de multa, por infração administrativa.

Ainda, cabe registrar que, retirar do filho o direito à identidade genética significa, em verdade, privá-lo de um valioso atributo da sua personalidade, o que tem consequências incomensuráveis, já que a ausência do pai afeta o pleno desenvolvimento do filho, que terá por ausente o auxílio emocional, físico, moral e material de um dos protagonistas no que tange às responsabilidades parentais.

Por fim, diante do conflito aqui suscitado, as decisões judiciais, norteadas pelos princípios do melhor interesse do menor e pelo direito à origem biológica - que são expressões do princípio da dignidade da pessoa humana - deverão fazer prevalecer, como medida de efetivação da justiça e de atendimento ao ordenamento jurídico pátrio, o direito do filho ao conhecimento de sua ascendência biológica em detrimento da privacidade da mãe.

¹⁶BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 9 set. 2018.

¹⁷CUNHA, André Luis Nogueira da. *A Paternidade Responsável e a Intimidade da Mulher*. Disponível em: <www.revistajustitia.com.br/artigos/7c96yw.pdf>. Acesso em: 18. Set. 2018.

3. A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NOS CASOS DE OCULTAÇÃO INTENCIONAL DA IDENTIDADE DO GENITOR PELA GENITORA

Primeiramente, analise-se a seguinte situação fática: uma mãe, por razões pessoais, esconde de sua família, de seu filho e do genitor – desde a gravidez – quem é o pai do segundo. Passados alguns anos do nascimento, a mãe inicia um novo relacionamento e abandona seu filho, ainda menor, que acaba sendo criado por seus avós. Caberia, nessa hipótese, a responsabilização civil pela perda de uma chance em face da genitora, em razão da ocultação intencional da identidade do genitor?

Busca-se com tal exemplo hipotético aclarar a problemática ora analisada, tendo em vista que, no geral, causa certa estranheza imaginar que um filho ingressaria com uma ação de responsabilidade civil pela perda de uma chance em face de sua própria mãe.

Muito embora as relações entre mães e filhos sejam fortemente marcadas por um amor incondicional, pelo carinho e cuidado extremos e por uma proximidade ímpar, não raros são os casos em que na prática se verifica a infringência aos deveres familiares pela mãe, fazendo surgir a discussão acerca da aplicabilidade da responsabilidade civil no Direito de Família.

Na maioria das vezes, o tema da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família é analisado à luz do abandono afetivo e da atribuição da paternidade àquele que se sabe não ser o genitor, hipóteses nas quais o Judiciário reconhece a violação aos direitos da personalidade e o dever de indenizar.

No entanto, questão interessante e que ainda hoje suscita dúvidas na órbita jurídica é a possibilidade ou não de responsabilização civil da genitora em razão da ocultação proposital da identidade do pai, temática que não encontra grandes escritos na doutrina e sobre a qual ainda não existem decisões judiciais.

No tocante à reparação civil na seara família, destaca Maria Celina Bodin de Moraes¹⁸:

O viés jurídico, já garantido pelo direito de família positivo, passa pela conscientização de que a lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicológica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. Em caso de dano moral, determina também a Constituição, no art. 5º, X, surge o dever de indenizar. Consequentemente, o abandono moral gera reparação. Este não é um raciocínio radical nem tampouco abstruso; ao contrário, parece límpido e em consonância com o tempo presente.

A conduta da mãe, no caso, não deixa de representar falta de cuidado, abandono moral e falta de contribuição para o pleno desenvolvimento físico, psíquico, mental e moral

¹⁸MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil. In: *Revista de Direito de Família*, ano VIII, n.31, ago-set/2005.

do filho, uma vez que por melhor que seja a mãe, ela não substitui a presença de um bom pai na vida do filho.

A responsabilidade civil visa reparar os danos causados pelo descumprimento de uma obrigação decorrente de um contrato ou da própria lei, dividindo-se em responsabilidade civil contratual e extracontratual, esta também chamada de aquiliana. Por óbvio, a hipótese de responsabilidade civil que interessa ao estudo que se pretende aqui fazer é a última, que está prevista no artigo 186 do Código Civil¹⁹.

Embora não haja uma unanimidade na doutrina nesse sentido, tradicionalmente apontam-se como elementos da responsabilidade civil a conduta humana, o nexo de causalidade e o dano, os quais, se verificados, ensejarão o dever de indenizar nos termos do art. 927, do Código Civil²⁰.

Frise-se que, no caso da ocultação intencional da identidade paterna, há conduta, há nexo de causalidade e há dano, uma vez que a mãe omite a identidade do sabido pai, essa conduta faz com que o filho não tenha conhecimento de quem seja seu pai e causa dano, na medida em que o filho perde a possibilidade de ter um pai e de ser amado, criado e sustentado por ele.

Restaria, portanto, caracterizada a perda de uma chance, modalidade autônoma e específica de dano, decorrente da violação da oportunidade futura de obter de um benefício ou de evitar um prejuízo por parte daquele que sofre o dano.

A perda de uma chance é, em verdade, um tipo de dano sujeito a indenização, por meio do qual visa-se a reparação pela subtração de um benefício futuro, ainda que não se tenha certeza do um resultado final.

É exatamente o que se verifica no caso da ocultação intencional da identidade paterna, uma vez que com sua conduta, a mãe impede que o filho tenha a possibilidade de estabelecer a relação paterno-filial com seu genitor e obter os benefícios dela decorrentes.

Diz-se possibilidade porque, infelizmente, a revelação da identidade do genitor não é suficiente ao estabelecimento da relação filial, tendo em vista que muitos genitores não se prestam ao exercício efetivo da paternidade em relação aos seus filhos, estabelecendo com eles apenas a obrigatória ligação genética.

Ratificando o posicionamento já apresentado, destaca Cristiano Caves de Farias²¹:

¹⁹ BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

²⁰ *Ibid.*

²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/182.pdf>. Acesso em: 18. set. 2018.

Outro campo fecundo, dentro das relações familiares, para a perda de uma chance seria o âmbito filiatório, admitindo-se a hipótese de um dano injusto causado pela não informação por parte da genitora ao pai acerca da gravidez e do posterior nascimento de um filho, frustrando a convivência entre paterno-filial e todos os efeitos (inclusive psicológicos) dela decorrentes.

É imperioso destacar que a ocultação do nome paterno, por si só, gera um dano causado à personalidade do indivíduo, visto que impede o conhecimento de sua origem genética, de sua história pessoal, bem como causa ausência afetiva paterna, dor psíquica e prejuízo à formação do filho, diante da falta de cuidado e de proteção por parte pai.

É, principalmente, por meio da convivência familiar que o indivíduo constrói a sua personalidade, adquire seus valores e constrói uma base sólida para o seu desenvolvimento, sendo dever dos pais a formação, a criação, o sustento, o provimento de afeto, de amor e de cuidado.

Privar o próprio filho da possibilidade de ter um pai é, sem dúvidas, a forma mais cruel e egoística de retirar do indivíduo a chance de ter um laço inato, da sua própria essência, cuja não construção traz efeitos irreparáveis e, em última análise, equivalentes a um dano injusto.

Desta feita, dúvidas não há de que a mãe que oculta à figura do pai de um filho pratica ilícito civil, na medida em que sua conduta fere o ordenamento jurídico vigente, ao violar direito da personalidade do filho, desatender ao direito à convivência familiar, ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao princípio do melhor interesse do menor e o respeito à paternidade responsável.

Nesse sentido, destaque-se o entendimento do Desembargador Unias Silva, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no Julgamento da Apelação Cível nº 2.0000.00.408550-5/000²²:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave.

²²BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 2.0000.00.408550-5/000. Relator: Desembargador Unias Silva. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.dojsessionid=8255F44FE2C3E51813EFC6D530302DD4:juri_node?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.408550-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 18. set. 2018.

A conduta, em verdade, muitas vezes, negligencia o dever de proporcionar a chance de melhor sustento, de uma vida mais confortável para o seu filho, de garantir-lhe uma melhor formação e causa consequências irreparáveis, tendo em vista que o passar dos anos, muitas vezes, é um verdadeiro entrave ao estabelecimento tardio do vínculo entre o pai e o filho.

Por isso, deve-se restar sobejamente comprovada a culpa da genitora, a qual deve ter, propositalmente, ocultado a identidade do genitor e frustrado a possibilidade de convivência do filho com o pai, impedindo-o de participar do desenvolvimento de sua personalidade e de ser alguém na vida no filho.

De um modo geral, as correntes doutrinárias contrárias à extensão do reconhecimento do dano moral na seara familiar sustentam que, dada a impossibilidade de se impor o dever dos pais amarem seus filhos e vice-versa, isso acabaria criando uma verdadeira patrimonialização do afeto.

Muito embora tal posicionamento, em verdade a indenização, não impõe o dever de amar ou o dever de afeto, nem preenche a ausência do pai, mas confere aquele que a recebe o conforto de saber que a conduta daquela que o alijou da possibilidade de ter um pai não ficou impune.

A relação entre pais e filhos é uma das mais valiosas da vivência humana e atribui sentido à existência dos seres humanos, estando intrinsecamente ligada à personalidade e à dignidade dos seres humanos. Nessa medida, é patente que a reparação em razão da conduta violadora que impede o estabelecimento do laço filial é medida que atende às determinações do ordenamento jurídico pátrio.

É nesse diapasão, que se defende ser possível a aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos de ocultação intencional da identidade do genitor pela genitora, na medida em que se verifica a frustração da possibilidade que o filho tinham de estabelecer com seu pai uma convivência.

Há de se sopesar, contudo, se, no caso concreto, a não identificação do genitor subtraído do filho reais oportunidades de obter as vantagens decorrentes do estabelecimento da relação paterno-filial, para que então tenha lugar a responsabilização civil da genitora, estando nesse caso a reparação em conformidade com os valores vigentes no ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar a aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de ocultação intencional da identidade do genitor, visto que tal conduta subtrai do filho a possibilidade de ter um pai e fere o princípio do melhor interesse do menor, o princípio da paternidade responsável, o princípio da convivência familiar, além de violar o direito fundamental à origem biológica que decorre da dignidade da pessoa humana.

Discute-se, nessa seara, se deveria prevalecer o direito à intimidade da mãe, que não quer revelar o nome daquele com quem teve relação ou o direito à origem biológica do filho, que visa saber quem é o seu genitor.

Defendeu-se que, no conflito entre os direitos fundamentais acima apresentados, deve prevalecer o direito à origem biológica do filho, tendo em vista que este atende ao princípio do melhor interesse do menor e permite que o filho pare de conviver com a terrível incerteza sobre quem é o seu pai e se este, caso soubesse de sua existência, o teria dado cuidado e amor paternos.

A aplicação da responsabilidade Civil no Direito de Família, em geral, suscita discussões, o que não será diferente no caso da ocultação intencional do nome do genitor, embora a jurisprudência ainda não tenham se debruçado sobre o tema especificamente.

Cabe registrar, contudo, que a hipótese que se pretende analisar atende aos requisitos do instituto da reparação civil na medida em que a mãe pratica conduta contrária ao ordenamento jurídico e esta causa danos ao filho na medida em que frustra a possibilidade dele ter um pai, havendo total nexo de causalidade entre a não revelação do nome do genitor e a ausência da figura paterna.

A questão se adequa perfeitamente a teoria da perda de uma chance, visto que a ação da mãe priva o filho do direito de estabelecer a relação paterno-filial com o genitor, ainda que não se saiba precisamente se o este exerceria verdadeiramente o papel de um pai ou não.

É evidente e inevitável o fato de que da maternidade decorrem obrigações para a mãe e direitos para o filho, sendo primordial que as obrigações sejam cumpridas e os direitos sejam efetivados. O desatendimento aos deveres pela mãe e, conseqüentemente, a violação aos direitos do filho gera ato ilícito, passível de reparação, em face, sobretudo, do desatendimento a direitos fundamentais e dos princípios que protegem a pessoa do filho.

Destaque-se que o dever de indenização em nenhuma medida supera a ausência paterna e não ostenta essa pretensão, mas permite compensar o filho pela chance de ter tido

um pai violada, na maioria das vezes invencível, e confere o conforto de saber que a conduta lesiva, gravosa e inaceitável que o prejudicou não ficou impune.

Dessa forma, é imperioso se despir de ideias preconcebidas, tirar o véu de santidade que recai sobre as mães e conferir à ocultação do nome do genitor o mesmo caráter perverso que se atribui ao abandono afetivo paternal, olhando a questão sobre o viés do lastimado prejudicado.

Assim, defende-se a aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos de ocultação intencional da identidade do genitor, tendo esta importante papel de reparar os prejuízos causados e impor a necessária reprovabilidade da conduta da mãe que, lamentavelmente, não oportuniza ao filho a chance de conhecer e, se possível, formar um vínculo afetivo com seu pai.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Ísis Boll de Araujo. *O direito à identificação da paternidade versus o direito à privacidade da mãe: análise de caso prático*. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/Vmostra/V_MOSTRA_PDF/Direito/83267-ISIS_BOLL_DE_ARAUJO_BASTOS.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2018.

BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 set. 2018.

_____. *Lei nº 6.015, de 31 de Dezembro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 3. set. 2018.

_____. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 6 set. 2018.

_____. *Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 9. Set. 2018.

_____. *Provimento do CNJ nº 12, de 06 de agosto de 2010*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_corregedoria/provimentos/provimento_n_12.pdf>. Acesso em: 3. set. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº833712/RS. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8930079/recurso-especial-resp-833712-rs-2006-0070609-4-stj/relatorio-e-voto-14096685?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18. abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 2.0000.00.408550-5/000. Relator: Desembargador Unias Silva. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.dojsessionid=8255F44FE2C3E51813EFC6D530302DD4juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.408550-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 18. set. 2018.

CUNHA, Andre Luis Nogueira da. A Paternidade Responsável e a Intimidade da Mulher. Disponível em: <www.revistajustitia.com.br/artigos/7c96yw.pdf>. Acesso em: 18. Set. 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.499.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/182.pdf>. Acesso em: 18. set. 2018.

LÔBO, Paulo. *Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação*.. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-14/processo-familiar-direito-conhecimento-origem-genetica-difere-filiacao>>. Acesso em: 09 set. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil. *In: Revista de Direito de Família*, ano VIII, n.31, ago-set/2005.

SOARES, Milton Ferreira. *Ação de investigação de paternidade tendo como investigante o suposto pai*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/171.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2018.