

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 514.350 - SP (2003/0020955-3)

RELATOR : **MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR**
RECORRENTE : R A DA S
ADVOGADO : STANIA MARIA GREGORIN
RECORRIDO : J L N DE B
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS SIMÕES

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO.

I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005).

II. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de abril de 2009 (Data do Julgamento)

MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 514.350 - SP (2003/0020955-3)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: R. A. da S. interpõe, pela letra "a" do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 182):

"DANOS MORAIS - Condenação em investigação de paternidade julgada procedente - Inadmissibilidade - Hipótese em que só após o reconhecimento da paternidade é que surgiu a filiação, e dessa forma, antes disto não existia filiação reconhecida, e, conseqüentemente, não poderia o apelado descumprir quaisquer deveres inerentes à condição de pai - Recurso provido."

Alega o recorrente que a decisão violou os arts. 159, 1.537 e 1.553 do Código Civil anterior, porquanto o investigado, cuja paternidade foi reconhecida e com isso se conformou, sabia da sua condição de genitor e, mesmo assim, furtou-se *"a dar carinho, atenção e presença ao filho, deixando-o à mercê do cruel repúdio"* (fl. 223); que restou comprovado nos autos que o réu *"namorava duas mulheres ao mesmo tempo, a genitora do recorrente e a pessoa com quem a despeito disso, o Recorrido casou-se e teve outros dois filhos, que sempre exibiram condição social e financeira de alto padrão e invejável à classe média"*; que sofreu *"sérios danos, tanto morais quanto patrimoniais, intelectuais e afetivos"*, daí porque postula a reforma parcial do acórdão para que o recorrido seja condenado *"ao pagamento de um salário mínimo por mês de vida do Recorrente, por sua recusa ilícita em reconhecer-lhe " a paternidade.*

Sem contrarrazões (fl. 243).

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 249/251.

Superior Tribunal de Justiça

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, pelo Dr. Henrique Fagundes, no sentido do conhecimento e provimento do recurso, para restabelecer-se a sentença (fls. 257/262).

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 514.350 - SP (2003/0020955-3)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR

(Relator): Trata-se de ação de investigação de paternidade movida por R. A. da S., ora recorrente, contra J. L. N. de B., julgada parcialmente procedente em grau de apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com o reconhecimento do estado de filiação, porém excluídos os danos morais obtidos em primeiro grau.

O voto condutor do acórdão, de relatoria do eminente Desembargador Leite Cintra, traz a seguinte fundamentação (fls. 183/185):

"Dá-se provimento ao recurso e afasta-se a condenação em danos morais como posto na r. sentença atacada. Ante a sucumbência parcial, arcará o réu apelante com 60% das custas do processo e com honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00, devidamente corrigidos a partir desta data.

Não obstante merecedor de encômios, o digno Magistrado Clóvis Ricardo de Toledo Junior, ao ver da Turma Julgadora, não se houve com o melhor direito quando abraçou a tese da possibilidade de aplicação de danos morais em investigatória de paternidade julgada procedente, quando movida por filho maior de vinte e um anos, que, por se auto-sustentar e ante a impossibilidade de pleitear alimentos pretéritos, termina por compensar este pedido que lhe é negado com a verba estipulada a título de danos morais.

No caso dos autos, como já ressaltado no relatório, conformou-se o apelante com o reconhecimento da paternidade pelo julgado atacado, rebelando-se apenas contra a condenação no pagamento de 180 salários mínimos a título de danos morais.

Tem razão neste passo o ilustre Subscritor do recurso quando realça que fundamento fático da ação no que tange à referida condenação, é a assertiva de que o apelante teria 'fugido aos seus compromissos, furtando-se a lhe dar carinho, atenção e presença ao filho, deixando-o à mercê do cruel repúdio'.

Esta última colocação deixa claro que a indenização

Superior Tribunal de Justiça

decorreria precisamente da prática dos atos acima que se constituiriam em atos ilícitos, supedâneo, aliás, para pedido de qualquer indenização, seja material, seja moral, como assentado no artigo 159 do Código Civil.

Ora, o próprio festejado Yussef Said Cahali, citado pelo digno Magistrado ('Dano moral', 2ª ed., pág. 662), quando alude à preexistência da 'paternité de fait' à 'paternité de droit', em oposição à tese acima ali apontada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que negou dano moral porque só após o reconhecimento da paternidade é que surgiu a filiação, e dessa forma, 'antes disto, não existia filiação reconhecida, e, conseqüentemente, não poderia o apelado descumprir quaisquer deveres inerentes à condição de pai', mais adiante, no terceiro parágrafo de fls. 663, afirma:

'Não se nega que, em função da simples 'paternité de fait', haveria deveres de criação e sustento do filho pelo genitor, mas simples dever moral, e não obrigação juridicamente exigível, que só nasce com a 'paternité de droit', com o reconhecimento voluntário ou judicial.

Afastada a configuração de 'abandono material' pelo não pagamento de alimentos pretéritos, restaria apenas uma difícil configuração de dano moral, já que o próprio 'abandono moral' não dispensaria o requisito do pátrio poder, que somente se constitui com o reconhecimento.'

Anote-se, por derradeiro, que o acima disposto não fere, ao ver da Turma Julgadora, seja o artigo 1º, inc. III, seja o artigo 5º, inc. V e X, da Constituição Federal.

Ante a sucumbência parcial, arcará o réu apelante com 60% das custas do processo e com honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00, devidamente corrigidos a partir desta data.

Ante o expendido, dá-se provimento ao recurso e afasta-se a condenação em danos morais como posto na r. sentença atacada."

É apontada ofensa aos arts. 159, 1.537 e 1.553 do Código Civil anterior.

Tenho, entretanto, que a irresignação não prospera, posto que a decisão objurgada se harmoniza com o entendimento desta 4ª Turma no julgamento do Resp n. 757.411/MG, de relatoria do ilustre Ministro Fernando Gonçalves, cujo judicioso voto

Superior Tribunal de Justiça

condutor, ao qual aderi naquela oportunidade, transcrevo, **verbis**:

"A questão da indenização por abandono moral é nova no Direito Brasileiro. Há notícia de três ações envolvendo o tema, uma do Rio Grande do Sul, outra de São Paulo e a presente, oriunda de Minas Gerais, a primeira a chegar ao conhecimento desta Corte.

A demanda processada na Comarca de Capão da Canoa-RS foi julgada procedente, tendo sido o pai condenado, por abandono moral e afetivo da filha de nove anos, ao pagamento de indenização no valor correspondente a duzentos salários mínimos. A sentença, proferida em agosto de 2003, teve trânsito em julgado, vez que não houve recurso do réu, revel na ação. Cumpre ressaltar que a representante do Ministério Público que teve atuação no caso entendeu que 'não cabe ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor', salientando não poder ser a questão resolvida com base na reparação financeira.

O Juízo da 31ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo-SP, a seu turno, condenou um pai a indenizar sua filha, reconhecendo que, conquanto fuja à razoabilidade que um filho ingresse com ação contra seu pai, por não ter dele recebido afeto, 'a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia'.

A matéria é polêmica e alcançar-se uma solução não prescinde do enfrentamento de um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil, qual seja, determinar quais danos extrapatrimoniais, dentre aqueles que ocorrem ordinariamente, são passíveis de reparação pecuniária. Isso porque a noção do que seja dano se altera com a dinâmica social, sendo ampliado a cada dia o conjunto dos eventos cuja repercussão é tirada daquilo que se considera inerente à existência humana e transferida ao autor do fato. Assim situações anteriormente tidas como 'fatos da vida', hoje são tratadas como danos que merecem a atenção do Poder Judiciário, a exemplo do dano à imagem e à intimidade da pessoa.

*Os que defendem a inclusão do abandono moral como dano indenizável reconhecem ser impossível compelir alguém a amar, mas afirmam que 'a indenização conferida nesse contexto não tem a finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mas atende duas relevantes funções, além da compensatória: a punitiva e a dissuasória. (Indenização por Abandono Afetivo, Luiz Felipe Brasil Santos, **in** ADV - Seleções Jurídicas, fevereiro de 2005).*

Superior Tribunal de Justiça

Nesse sentido, também as palavras da advogada Cláudia Maria da Silva: 'Não se trata, pois, de 'dar preço ao amor' – como defendem os que resistem ao tema em foco - ,tampouco de 'compensar a dor' propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave.' (Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos á Personalidade do Filho, *in* Revista Brasileira de Direito de Família, Ano VI, nº 25 – Ago-Set 2004)

*No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, **guarda e educação** dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral.*

Por outro lado, é preciso levar em conta que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso.

*No caso em análise, o magistrado de primeira instância alerta, **verbis** :*

'De sua vez, indica o estudo social o sentimento de indignação do autor ante o tentame paterno de redução do pensionamento alimentício, estando a refletir, tal quadro circunstancial, propósito pecuniário incompatível às motivações psíquicas noticiadas na Inicial (fls. 74)

(...)

Tais elementos fático-probatórios conduzem à ilação pela qual o tormento experimentado pelo autor tem por nascedouro e vertedouro o traumático processo de separação judicial vivenciado por seus pais, inscrevendo-se o sentimento de angústia dentre os consecutórios de tal embate emocional, donde inviável inculpar-se

Superior Tribunal de Justiça

exclusivamente o réu por todas as idiosincrasias pessoais supervenientes ao crepúsculo da paixão.' (fls. 83)

Ainda outro questionamento deve ser enfrentado. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso?

Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos, valendo transcrever trecho do conto 'Para o aniversário de um pai muito ausente', a título de reflexão (Colocando o 'I' no pingão... E Outras Idéias Jurídicas e Sociais, Jayme Vita Roso, RG Editores, 2005):

'O Corriere della Sera, famoso matutino italiano, na coluna de Paolo Mieli, que estampa cartas selecionadas dos leitores, de tempos em tempos alguma respondida por ele, no dia 15 de junho de 2002, publicou uma, escrita por uma senhora da cidade de Bari, com o título 'Votos da filha, pelo aniversário do pai'.

Narra Glória Smaldini, como se apresentou a remetente, e escreve: 'Caro Mieli, hoje meu pai faz 67 anos. Separou-nos a vida e, no meu coração, vivo uma relação conflitual, porque me considero sua filha 'não aproveitada'. Aos três anos fui levada a um colégio interno, onde permaneci até a maioridade. Meu pai deixara minha mãe para tornar a se casar com uma senhora. Não conheço seus dois outros filhos, porque, no dizer dele, a segunda mulher 'não quer misturar as famílias'.

Faz 30 anos que nos relacionamos à distância, vemo-nos esporadicamente e presumo que isso ocorra sem que saiba a segunda mulher. Esperava que a velhice lhe trouxesse sabedoria e bom senso, dissipando antigos rancores. Hoje, aos 39 anos, encontro-me ainda a esperar. Como meu pai é leitor do Corriere, peço-lhe abrigar em suas páginas meus cumprimentos para meu pai que não aproveitei.'

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios

Superior Tribunal de Justiça

previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido.

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.

Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização.

Diante do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral."

O acórdão restou assim ementado:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

2. Recurso especial conhecido e provido."

(4ª Turma, REsp n. 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005)

Portanto, achando-se a decisão do Tribunal estadual na linha de pensamento desta Turma julgadora, que ora se reitera, não conheço do recurso especial.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2003/0020955-3

REsp 514350 / SP

Números Origem: 2298734 9211998

PAUTA: 28/04/2009

JULGADO: 28/04/2009
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ALDIR PASSARINHO JUNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FERNANDO GONÇALVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : R A DA S
ADVOGADO : STANIA MARIA GREGORIN
RECORRIDO : J L N DE B
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS SIMÕES

ASSUNTO: Civil - Família - Investigação de Paternidade - Cumulação com Alimentos

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 28 de abril de 2009

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI
Secretária