

A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NA AÇÃO INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

*Viviani Giovanete Ramos Ferreira**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noções de Responsabilidade. 3. Função da Responsabilidade. 4. Dano Moral. 5. Dano Moral na Contestação da Paternidade. 6. Efeito Pedagógico da Reparação. 7. Ação de Investigação de Paternidade. 8. Legitimidade Ativa e Passiva para propor Ação de Investigação de Paternidade. 9. Indenização na Improcedência da Investigação de Paternidade por Falta de Provas. 10. Imputação de Paternidade Equivocada. 11. Ocultação de Paternidade pela Mãe. 12. Recusa ao Reconhecimento. 13. Paternidade Negada. 14. Cabimento da Indenização. 15. Danos Provocados pela Ausência do Pai. 16. As Conseqüências da Ausência Paterna. 17. Os Pais Sociais. 18. Danos Causados ao Filho. 19. Conclusão. 20. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Inegavelmente, o direito de família vem se modificando, tendo em vista que deve se adequar ao meio social. A regulamentação do ordenamento jurídico brasileiro teve muita influência dos direitos canônico e português, que representavam o pensamento da Igreja no conceito da família.

Até 1992, quando a nova Lei de Investigação da Paternidade regulou o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, igualando direitos e reiterando a proibição a qualquer distinção quanto à natureza da filiação nas certidões e no registro do nascimento, a legislação sobre a família, de forma muitas vezes confusa e contraditória, trabalhou com a idéia de distintos tipos de filiação, aos quais correspondiam distintos deveres e direitos de filhos e de pais.

Foi estabelecido uma hierarquia entre os filhos com relação a suas reivindicações e direitos, a qual correspondiam, em oposição, diferentes

* Advogada do Serviço de Assistência Judiciária de Maringá. Pós-Graduada em Direito Civil, Processo, Direito de Família e Sucessões pelo CESUMAR - Centro Universitário de Maringá. Membro do Projeto de Pesquisa "A reparação civil no âmbito das relações familiares".

tipos de paternidade, enquanto conjunto de responsabilidades em relação à criança. O filho legítimo sempre recebeu o amparo da lei, no que toca a seus direitos de educação, manutenção, proteção e herança, o mesmo não ocorria com as distintas categorias de filhos ilegítimos, cujo reconhecimento passava por normatizações diferenciadas que procuravam estabelecer seus direitos de filiação tendo por referência maior os direitos dos filhos legítimos e o cuidado em não prejudicá-los.

Finalmente, a Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992 (regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências), garante o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento em caráter irrevogável e sem mencionar limitações a esse direito impostas pela situação conjugal do pai.

A lenta equalização dos direitos dos filhos "legítimos" e "ilegítimos" que se observa desde os anos 40 completa-se, portanto, com a Constituição de 1988 e as leis subseqüentes.

A normatização jurídica da paternidade vem-se transformando no sentido de uma maior equidade de direitos e obrigações entre pais e mães, de um lado, e, de outro, de uma maior responsabilidade paterna para com os filhos, independentemente, da natureza da filiação.

Neste breve texto, pretende-se examinar a possibilidade de indenização decorrentes dos danos causados pelo não reconhecimento da paternidade. Tem-se a intenção de instigar a discussão sobre o tema, que se toma relevante nos dias atuais.

2. NOÇÕES DE RESPONSABILIDADE

Etimologicamente, **responsabilidade** deriva do vocábulo latino *respondere* (responder), e deste sentido surge seu significado técnico-jurídico, ou seja, responsabilizar-se, tomar-se responsável, ser obrigado a responder¹.

Segundo a teoria clássica, a responsabilidade civil possui três pressupostos: um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano².

¹ Cf. TRUJILLO, E. *Responsabilidade do Estado por ato ilícito*. Leme: LED, 1996, p. 31; GONÇALVES, C.R. *Responsabilidade civil*. 6. Ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p.15.

² ANDRÉ, B. *La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses*, Paris, Dalloz, 1927, p. 5.

3. FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE

Na indenização o efeito dúplice da responsabilidade civil atinge o seu ápice - penaliza o ofensor, desestimulando-o à novas investidas, bem como satisfaz o ânimo de restituir a ofensa à vítima. Assim, restabelece-se o equilíbrio tão necessário na ordem jurídica institucionalizada.

4. DANO MORAL

É sabido que há circunstâncias em que o ato lesivo afeta a personalidade do indivíduo, sua honra, sua integridade psíquica, seu bem-estar íntimo.

A reparação do dano moral, reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada pelo consenso do juiz, que possibilite ao lesado uma satisfação compensatória da sua dor íntima.

Para Carlos Roberto Gonçalves, "dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando o seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, como se infere dos artigos 1º, III e 5º V e X da Constituição Federal, que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhações³".

É inegável que o direito pátrio prevê várias sanções não indenizatórias para o dano moral ocorrido no seio das relações familiares.

O fundamento da reparabilidade do dano moral ocorrido nas relações familiares está intimamente relacionado com os direitos da personalidade de cada membro da família, não sendo admissível que tais direitos sejam impunemente violados por outro integrante da mesma.

Fato é, que não se pode negar que a Constituição Federal acolhe, sem fazer qualquer exclusão, a responsabilidade civil para a reparação dos danos morais (art. 5º, incisos V e X), bem como, que tal possibilidade está igualmente autorizada pelo art. 186 do Novo Código Civil.

A Constituição Federal de 1988 introduziu novos contornos à família, fixando-lhe um modelo igualitário (igualdade entre os cônjuges, igualdade entre os filhos) e valorizando as pessoas e seus sentimentos. Não se admite que essas novas exigências e valores sejam violados.

Portanto, torna-se injustificável que fiquem sem reparação os danos morais que tenham origem em relações familiares desestruturadas.

Aliás, como bem expressa Antonio Jeová Santos:

³ GONÇALVES. C.R. Responsabilidade civil. 6 ed., atual. e ampliada, São Paulo: Saraiva, 1995. p. 83.

Seria escandaloso que alguém causasse mal a outrem e não sofresse nenhum tipo de sanção; não pagasse pelo dano inferido.

Porém, deve se ter a clareza de admitir que o pleito por reparação de dano moral ocorrido no seio da família não deva ser reduzido à promoção do ódio e da vingança, pois se o for aumentará ainda mais a desagregação familiar e os conflitos existentes entre demandante e demandado.

A necessidade de reparação é reconhecida, mas o dever de indenizar deverá revestir-se de um caráter pedagógico, tendo-se a plena consciência que é admissível que os familiares errem em suas relações, pois isso faz parte da falibilidade humana. Contudo, tal erro deve, necessariamente, ser considerado dentro de uma faixa tolerável.

Tal constatação, culmina por impor ao legislador e ao Poder Judiciário a importante tarefa de definir o que é tolerável e o que deve ser indenizável.

Assim considerado, para o dever de indenizar o dano moral sofrido nas relações familiares, tem-se por significativa a lição de Décio Antônio Erpen:

A indenização a título de dano moral inegavelmente existe, mas deve sofrer os temperos da lei e da vida. Sua incidência há que se dar numa faixa dita tolerável. Se o dano causado, injustamente a outrem, integra uma faixa da ruptura das relações sadias, a reparação do mesmo não pode servir de motivo para se gerar mais uma espécie de desagregação social.

A deterioração das relações familiares geram danos de cunho moral que marcam profundamente a existência de seus integrantes.

Por assegurar a Constituição Federal o princípio da reparabilidade do dano moral (art. 5º, incisos V e X), não se justifica mais que se exclua da responsabilidade civil a violação culposa de direitos da personalidade assegurados a cada membro da família, causando o dano moral.

Impõe-se que a dignidade pessoal de cada indivíduo da família seja respeitada, bem como, que seja observada a igualdade e a solidariedade que as relações familiares exigem.

Dessa maneira, não se justifica manter impunes as condutas que violem tais exigências. Atualmente, a sanção reparatória para esses casos pode encontrar fundamentos nos dispositivos constitucionais que admitem a reparação do dano moral e no art. 159 do Código Civil.

Os operadores jurídicos devem passar a valorizar e admitir a condenação daqueles que por seus atos ilícitos causem danos morais em suas relações familiares. É necessário superar a conduta omissiva que tem permitido a prática do referido dano sem que haja a adequada e correspondente sanção jurídica pecuniária.

No sentido de evitar que o dever de reparar seja reduzido a uma sanção pura e prejudicial às já fragilizadas relações familiares, necessário que se busque revesti-la também de um caráter pedagógico. Isso faz impor o cuidado de definir-se o que, no contexto e dinâmica da vivência familiar, poderá ser considerado tolerável e o que deverá ser indenizável. Tal tarefa deve ser, reconhecidamente, atribuída ao legislador e ao Poder Judiciário⁴.

5. DANO MORAL NA CONTESTAÇÃO DE PATERNIDADE

A Lei n.8.560/92 em seu art. 1º, passou a prever as várias hipóteses ensejadoras do reconhecimento voluntário da paternidade elencado primeiramente, a perfilhação feita no próprio registro de nascimento, pelo comparecimento do genitor ao respectivo Cartório Civil.

Tal procedimento é levado a efeito, contudo, mesmo naqueles casos em que o pai registral não é o pai biológico, perfilhando, pois, um filho gerado por sua esposa ou companheira, como uma atitude, absolutamente, humanitária, calcada na expressão de afetividade que o liga ao menor e à sua mãe. Tal situação gera um convívio mais próximo e atende, por vezes, a uma série de necessidades resultantes dessa relação jurídica como a dependência para fins médicos.

Problema surge, quando, após longos períodos de convívio familiar, tal relacionamento é rompido, saindo o pai registral - verdadeiramente pai afetivo - do lar, permanecendo o menor com sua genitora, surgindo, então, uma distância que o próprio tempo não esperava.

A problemática se agrava quando o pai socioafetivo é acionado, judicialmente, em pedido alimentar, levando este aos autos, como premissa contestatória, o fato de não possuir qualquer vínculo biológico com o autor, fazendo ruir a relação de paternidade surgida no campo da proximidade e afeição. .

Desta feita, tem o pai registral legitimação processual (não necessariamente moral) para intentar ação anulatória de ato jurídico, declaração judicial da falsidade ideológica que permeou aquele ato inicial - a perfilhação pela *adoção à brasileira*.

Verificada a existência de uma lesão, pelo término da relação de paternidade socioafetiva, com inevitáveis prejuízos à formação integral do menor, surge o direito subjetivo de o menor postular, contra aquele que o registrou voluntariamente, respectivos danos morais, compensando

⁴ GONÇALVES. E.S. O dano moral nas relações familiares. Disponível em: <http://www.genomic.com.br/artigo09.htm>. Acesso em: 2 nov. 2003

pecuniariamente a consequência da ruptura inesperada do vínculo familiar antes existente.

6. EFEITO PEDAGÓGICO DA REPARAÇÃO

É inevitável o resultado educativo da reparação do dano. Na medida que repara educa. O sentido almejado pelo *mens legis* correspondente a uma idéia precisa de equilíbrio social e respeito entre as pessoas. Somente poderemos imaginar uma sociedade JUSTA E PERFEITA, se todos os cidadãos forem capaz de conviver em paz, respeitando os direitos do próximo de forma a satisfazer o preceito romano sedimentado no princípio do *NEMINEM LAEDERE* - a ninguém prejudicar.

7. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

É a ação de paternidade que cabe aos filhos contra os pais ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação, nos casos previstos em lei.

8. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA PARA PROPOR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A legitimidade para a ação pode ser ativa ou passiva. São legitimados ativos o investigante, normalmente, menor e o Ministério Público. São legitimados passivos o pai, e no caso de seu falecimento, os herdeiros.

9. INDENIZAÇÃO NA IMPROCEDÊNCIA DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE POR FALTA DE PROVAS

Uma primeira hipótese de indenização referente à ação de investigação de paternidade, diz respeito à improcedência da ação proposta pelo Ministério Público por falta de provas.

A ação mal proposta, ou mal instruída, é sem dúvida causa de responsabilização do Estado, se vem a ser julgada improcedente por falta de provas.

Há possibilidade de cabimento da ação de indenização contra o Estado em razão da frustrada propositura da ação de investigação de paternidade.

Não é, simplesmente, a improcedência da ação por falta de provas⁵ que pode justificar a obrigação do Estado de reparar o dano. É preciso que tal improcedência se dê por fato imputável, de qualquer forma, ao Estado.

A ação de indenização, em regra, só pode se dirigir contra o Estado, não contra o Promotor de Justiça que propôs a ação de investigação ou que acompanhou o feito. O Agente do Ministério Público só responde por dolo ou fraude. Não sendo este o caso (ou seja, tendo havido mera culpa), somente responde civilmente o Estado.

10. IMPUTAÇÃO DE PATERNIDADE EQUIVOCADA

Seria o caso de a mãe, representando a criança, propor a ação de investigação de paternidade contra alguém que ela sabe não ser o pai da criança. Trata-se de hipótese de abuso do direito de ação.

Outra situação que pode ensejar a responsabilidade civil é a propositura de ação de investigação de paternidade contra pessoa, sabidamente, estranha à relação jurídica.

Quando se propõe a ação de investigação de paternidade contra alguém que ela sabe não ser o pai da criança, tratando-se de hipótese de abuso do direito de ação.

O imputado tem ação contra a mãe, para ser indenizado pelo dano que, eventualmente, tenha sofrido.

Fernando Simas Filho se refere à hipótese:

...a comunicação enviada pelo juiz ao suposto pai é pública e, só por esse fato, coloca o destinatário em má posição. Considerem-se que se for homem casado, sua família logo inquirirá a respeito do que, seu pai ou esposo, andou fazendo para ser chamado pelo juiz. Se for solteiro empregado ou funcionário, e recebe uma comunicação no emprego, poderá haver suspeitas provenientes de companheiros de trabalho e até do chefe. Notem bem que há a possibilidade de o destinatário não ser o pai da criança, contudo, a suspeita, por parte de familiares e colegas de trabalho, permanecerá.

⁵ Por óbvio não se pode falar em indenização quando a ação for julgada improcedente por outro motivo, como o reconhecimento cabal de que o réu não é o pai da criança, até porque, neste caso, ainda será possível a propositura de nova ação de investigação contra o verdadeiro pai

E... nesse caso, de quem esse homem se ressarcirá?”⁶..

O pai, a quem é atribuída a paternidade, é condenado também a indenização por dano moral, uma vez que privou o seu filho dos recursos que teria permitido a ele um melhor desenvolvimento. O Código boliviano, em seu art. 1.511, fala em dano moral à mãe na hipótese destas ações.

Como bem nota Yussef Said Cahali⁷, não se pode negar que toda ação de investigação de paternidade ilegítima representa para o demandado uma situação de constrangimento; segundo os preconceitos ainda vigorantes, a simples imputação da existência de filho nascido fora das relações matrimoniais coloca em crise a reputação, a honorabilidade, a correção e o respeito do indigitado pai.

O Tribunal de Justiça de São Paulo teve oportunidade de decidir caso deste jaez:

Como foi bem reconhecido na sentença, grande foi o sofrimento do autor em se ver apontado como o pai do filho da ré. Não tivesse bastado o vexame decorrente do ajuizamento da ação de investigação de paternidade, o autor ainda foi recolhido ao cárcere por não ter pago as prestações alimentícias que a ré sabia, ou deveria presumir, que não eram por ele devidas (fls. 63 e verso). E é público e notório o caráter vergonhoso que isso tem, principalmente numa cidade pequena como aquela em que se deu o triste episódio.

Assim, é evidente que o equivalente a dois salários mínimos não constitui suficiente para o justo ressarcimento do enorme dano causado ao autor⁸.

Hipótese semelhante pode ocorrer até na ação proposta pelo Ministério Público, quando a genitor, ao declarar o nascimento, informa ser o pai da criança pessoa, sabidamente, diversa da do verdadeiro pai. O imputado tem ação contra a mãe, para ser indenizado pelo dano que, eventualmente, tenha sofrido. Embora a ação tenha ido proposta pelo Ministério Público, não responde civilmente o Estado, porque o ato é decorrente de fato de terceiro.

Também admitindo a indenização, tem-se a seguinte lição de caráter genérico de Luciana do Carmo Nogueira:

A nosso pensar, é legítima a ação de indenização por danos morais, tanto pelo suposto pai em relação ao suposto filho ou ao responsável que em seu

⁶ SIMAS FILHO, F. Investigação de paternidade: peculiaridades, panorama atual, futuro. In: *Repensando o direito de família: anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 464.

⁷ CAHALI, V.S. *Dano Moral*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 661.

⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara de Direito Privado. Apelação 252.862-1/0. Relator: Desembargador Sousa Lima. Julgado 22/maio/1996. Cópia do acórdão obtida diretamente no Tribunal de Justiça (no corpo do acórdão).

*nome demandou, quanto pelo filho em relação ao pai, à vista de prejuízos que um ou outro tenha sofrido*⁹.

Não há, portanto, que se exigir má-fé do autor da ação.

11. OCULTAÇÃO DE PATERNIDADE PELA MÃE

O pai tem direitos e deveres. Entre eles se encontra o de gozar da companhia da criança durante toda a sua vida.

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.

Mas a ocultação da paternidade não gera prejuízos somente ao pai. Também a criança sofre a provação da companhia paterna. Daí que também ela é parte legítima para requerer indenização da mãe que ocultou a paternidade.

Note-se que a ocultação de filiação pode ainda configurar o crime de sonegação de estado de filiação (art. 243do Código Penal):

*Art. 243 - Deixar em asilo de expostos ou outra instituição de assistência filho próprio ou alheio, ocultando-lhe a filiação ou atribuindo-lhe outra, com o fim de prejudicar direito inerente ao estado civil:
Pena - reclusão, de J (um) a 5 (cinco) anos, e multa".*

12. RECUSA AO RECONHECIMENTO

A recusa do pai ao reconhecimento voluntário do filho havido fora do matrimônio também pode ensejar a ocorrência de danos morais e até mesmo materiais ressarcíveis.

Como nota Rolf Mandaleno, “ninguém poderá afirmar, em sã consciência, que não constitui uma especial gravidade, reprovada pela moral e pelo direito, a atitude do pai que se recusa a reconhecer espontaneamente uma filiação extramatrimonial, que resulta comprovada depois em juízo”¹⁰.

⁹ NOGUEIRA, L. do C. *Da investigação de paternidade: algumas pontuações*. In: Doutrina. Coord. James Tubenclak. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2000, v. 9, p. 236.

¹⁰ MADALENO, R. O dano moral na investigação de paternidade. In: *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, novJ1977, vol. 71, p. 271; artigo também capturado na Internet, no site <http://www.gontijo-familia.adv.com.br>. em 09/set./2000.

13. PATERNIDADE NEGADA

Por muito tempo, o direito fez admitir e proteger a rejeição da paternidade à filiação espúria (adulterina e incestuosa)¹¹. Verdadeiro véu legal da libertinagem, tal proteção representava uma verdadeira "inimputabilidade civil" da paternidade espúria.

Dessa forma, o direito era legitimador da exclusão daqueles filhos. Porém, como afirma Luiz Edson Fachin: "Do resguardo absoluto da vida íntima da família legítima, passou-se a dar vez ao direito que deve assistir o filho, qualquer que seja o estado em que foi concebido".

É em razão do dever de assistência que se negar a reconhecer a paternidade deva ser fato considerado ultrajante à pessoa do filho, causando-lhe significativo dano moral. Aliás, é fato que atinge a esfera de indignação social¹².

Carlos Alberto Ghersi, em sua obra Teoria general de la reparación de danos, faz inscrever a seguinte decisão argentina:

Corresponde la indemnización dei dano moral provocado por la omisión de reconocer ai hijo extramatrimonial, si el padre demandado no produjo prueba para justificar su omisión, ni argumentó nada que permita dejar de iado el desmedro a las justas afecciones causado ai hijo que se vio privado de contar com el apellido paterno y que, en ei ámbito de las relaciones humanas, no fue considerado como hijo de su progenitor.

El dano moral no requiere prueba, pues se demuestra com la verificación de la titularidad dei derecho lesionado en cabeza dei reclamante y la omisión anti-jurídica dei demandado.

Para determinar la procedencia de ia indemnización de dano moral, la falta de malicia o culpabilidad evidente en nada inciden, pues su naturaleza es eminentemente resarcitoria y no punitiva

CNCiv, Sala L, 23/12/94, 'B., O. N. c/M., O. O. ', LL, 1995-E-12, com nota de Eduardo Gergorini Clusellas".

Antonio Jeová Santos, ao discorrer sobre essa questão, salienta:

Nada obsta, portanto, que o filho, na ânsia de procurar que o pai o reconheça, postule a investigação de paternidade cumulando o pedido com

¹¹ A respeito da evolução do reconhecimento de filhos ilegítimos e incestuosos, veja-se a breve síntese de Luiz Edson Fachin, na sua obra Da paternidade: relação biológica e afetiva, p. 84 a 86.

¹² Lembre-se que a Câmara Legislativa do Distrito Federal, no ano de 1997, rejeitou, por 12 votos a 8, a concessão de título honorífico de Cidadão de Brasília ao ministro dos Esportes Pelé, por ter se negado a reconhecer a paternidade de sua filha Sandra Regina Machado, que teve o sobrenome Arantes do Nascimento acrescentado ao seu na certidão de nascimento por decisão da justiça do ano de 1996. A respeito veja-se: Câmara nega título honorífico a Pelé, Folha de S. Paulo de 05/03/97, p. 3-13.

*a indenização por dano moral. O impacto social originado pelo tratamento de inferioridade dado a alguém, motivado pela sua condição ao nascer, é discriminatório, arbitrário e, portanto, causa desequilíbrio ao bem estar psicofísico*¹³.

E o mesmo autor faz conhecer o seguinte acórdão do Tribunal de San Isidro, datado de 29/03/88:

O dano moral, causado pela falta de reconhecimento paterno, constitui um fato notório, já que o filho de mãe solteira acarreta um tom de menosprezo social, especialmente marcado quando se forma parte da chamada classe média: porém, mais importante que a dor moral sofrida socialmente, é o saber-se negado por seu pai; o sentimento de inferioridade, de desproteção espiritual e insegurança que há de experimentar quem não pode contar com a figura paterna certa, visível e responsável. Quem nega - maliciosa ou culposamente - o estado de família de sua filha, obrigando-a a iniciar a correspondente ação de reclamação de estado para obter o reconhecimento, deve ser condenado à indenização do dano moral assim ocasionado.

Recentemente o noticiário dominical "Fantástico", da Rede Globo, noticiava uma questão envolvendo pleito judicial por dano moral de um pai contra a mãe de uma adolescente que pede reparação pela omissão da sua paternidade, privando-lhe de muitos anos de relações familiares com a filha.

Por outro lado, a simulação do estado de gravidez pela mulher, também já foi considerado fato ensejador de dano moral, como se verifica da seguinte decisão citada por Yussef Said Cahali:

6ª Câmara de Direito Privado do TJSP, apel. 272.221-112, 10.10.1996: A atitude da ré, sem dúvida alguma, constitui uma agressão à dignidade pessoal do autor, ofensa que constitui dano moral, que exige a compensação indenizatória pelo gravame sofrido. De fato, dano moral, como é sabido, é todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos da personalidade, cujo conteúdo é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa. Não se pode negar que a atitude da ré que difundiu, por motivos escusos, um estado de gravidez inexistente, provocou um agravo moral que requer reparação, com perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos do autor, alcançando, desta forma, os direitos da personalidade agasalhados nos inc. V e X do art. 5º da CF.

¹³ Dano moral indenizável, 2B ed., p. 448-9.

14. CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO

Como nota Hugo Nigro Mazzilli, no direito civil qualquer ação humana que viole o direito ou cause prejuízo constitui ilícito civil - independentemente, de tratar-se de uma ação prévia e abstratamente definida pela lei material com todas as suas características e circunstâncias, ao contrário do que ocorre no direito penal. Sob o aspecto civil, em regras não há, diversamente, do direito penal, um rol de ações humanas ilícitas, e sim existe apenas uma norma genérica equivalente à responsabilização pela prática de comportamento contrário à ordem jurídica¹⁴.

Não se falará em indenização quando o pai tenha fundados motivos para suspeitar não ser seu o filho, como poderia ocorrer em caso de ser a mãe mulher de vida fácil. Nestes casos, teria o pai direito de aguardar a produção da prova adequada que lhe confira certeza para o reconhecimento.

Mas, na maioria dos casos, a recusa ao reconhecimento voluntário tem por fim apenas ganhar tempo. Nesses casos, a indenização é, indiscutivelmente, devida.

15. DANOS PROVOCADOS PELA AUSÊNCIA DO PAI

O psicanalista Sérgio Nick, autor do ensaio Dano moral e a falta do pai, fez uma pesquisa e constatou que, os filhos abandonados pelo pai têm dificuldade de lidar com sentimentos gerados por este abandono, tornando-se crianças depressivas, com sentimento de baixa auto-estima, além de gerar sentimentos de ódio e de inveja de difícil manejo.

Sérgio Nick acha possível que a mãe exerça a função de mãe e pai, mas é preciso que ela deixe claro para o seu filho que ela não pode ser tudo para ele e que não negue a identidade, a presença e a participação do pai na vida da criança.

Sérgio Nick lembra que o exercício da paternidade é garantido por lei. O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece o direito à paternidade e a lei sobre a investigação da paternidade dá às mães o direito de exigir que os pais assumam a paternidade de seus filhos justamente por entender que é crucial para a criança conhecer sua filiação. "Saber quem é o pai, conhecê-lo e conviver com ele é parte integrante e fundamental da construção de sua identidade pessoal".

¹⁴ MAZZILLI, H.N. Pontos controvertidos sobre o inquérito civil. In: *Doutrina*. Coord. James Tubencklak. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1999, vol. 7, p. 333.

16. AS CONSEQÜÊNCIAS DA AUSÊNCIA PATERNA

A virada do século XX caracteriza-se pela quebra de uma estrutura milenar ao romper-se a ideologia patriarcal. Na estrutura patriarcal os lugares de pai, mãe e filhos são bastante claros e demarcados. Com o declínio dessa ideologia os lugares estruturantes e fundantes dos sujeitos, enquanto função, ficaram alterados, gerando sérias conseqüências na formação das famílias atuais.

Em meio a esse processo histórico, o masculino parece estar sofrendo um declínio em sua vinculação com a paternidade.

Hoje há uma crise da paternidade, os pais não assumem ou reconhecem para si o direito/dever de participar da formação, convivência afetiva e desenvolvimento de seus filhos. A ausência do pai, e dessa imagem paterna, em decorrência de um abandono material e/ou psíquico, tem gerado graves conseqüências na estruturação psíquica dos filhos e que repercute, obviamente, nas relações sociais.

A ausência das funções paternas já se apresenta como um fenômeno social alarmante, e provavelmente é o que tem gerado as péssimas conseqüências conhecidas por todos nós, como o aumento da delinqüência juvenil, menores de rua etc. E isto não é um fenômeno de determinada classe social. Nas classes menos favorecidas economicamente, o abandono material é maior.

17. OS PAIS SOCIAIS

Por mais que as leis jurídicas queiram trazer garantias da paternidade através dos registros cartoriais, de investigações de paternidade etc, por mais que seja importante para o filho saber sua origem genética, não há como assegurar, pela via apenas jurídica, a verdadeira paternidade. Esta, como já dito, é muito mais da ordem da cultura que propriamente da biologia ou genética. "A paternidade não é apenas um 'dado': a paternidade se faz", já disse o grande jurista contemporâneo, Luiz Edson Fachin em seu trabalho "A tríplice paternidade dos filhos imaginários. Em outras palavras, é o que se apreende da teoria psicanalítica, ou seja, paternidade só existe se for exercida. É uma função. E é o "lugar do pai", isto é, a função paterna, para além do genitor e do nome, que poderá oferecer, e que dará ao filho, biológico ou não, um lugar de sujeito.

18. DANOS CAUSADOS AO FILHO

Impõe-se a interrogativa para saber se o repúdio paterno ao reconhecimento do filho, cerceando-lhe voluntariamente o direito inerente à sua identidade pessoal, representada pelo uso do nome de seu pai biológico, complemento da sua qualificação social, configura um dano moral, pois que, sem sombra de dúvida, presente sempre o dano material, perfeitamente aferível pelos prejuízos que se registram pela negativa das oportunidades materiais que os pais devem colocar ao dispor dos filhos, atentos que devem estar ao amparo e à educação da prole.

O direito à identidade pessoal, ao uso do nome, está associado à dignidade e à reputação social do filho não registrado. O pai que recusa o reconhecimento espontâneo do filho, com este ilícito, se opõe à felicidade do rebento, atinge e lesiona um direito subjetivo do menor, juridicamente resguardado e que é violado pela atitude reticente do reconhecimento, impedindo que o descendente conte com seu apelido paterno; desconsiderando a criança no âmbito das suas relações, e, assim, criando-lhe inegáveis carências afetivas, traumas e agravos morais.

São valores impostergáveis, que formam a coluna espiritual da pessoa; ela depende desta estrutura familiar, que diz Rodrigo da Cunha Pereira¹⁵ existe antes e acima do Direito, "para que o indivíduo possa, inclusive, existir como cidadão e trabalhar na construção de si mesmo e das relações interpessoais e sociais...".

Não tem sido da prática jurisprudencial brasileira a reparação moral da conduta omissiva paterna ao reconhecimento da filiação.

É bom lembrar que a punição pecuniária pelo dano imaterial tem um caráter nitidamente propedêutico, e, portanto, não objetiva propriamente satisfazer à vítima da ofensa, mas sim castigar o culpado pelo agravo moral e, inclusive, estimular aos demais integrantes da comunidade, recorda Omar U. Barbero¹⁶, a cumprirem os deveres éticos impostos pelas relações familiares.

É reprovável e moralmente danosa a recusa voluntária ao reconhecimento da filiação extramatrimonial e, certamente, a intensidade deste agravo cresce na medida em que o pai posterga o registro de filho que sabidamente é seu, criando em juízo e fora dele todos os obstáculos possíveis ao protelamento do registro da paternidade, que, ao final, termina por ser judicialmente declarada.

Pertine cumular a ação de investigação de paternidade com o pedido de ressarcimento por dano moral, decorrente do ato ilícito de recusa ao

¹⁵ PEREIRA, R. da C. *Direito da Família: uma abordagem psicanalítica*. Editora Del Rey, p. 25.

¹⁶ BARBERO, O.U. *Danos y perjuicios derivados del divorcio*. Editorial Astrea, p. 101

reconhecimento desta mesma paternidade, não se confundido o dano moral com a litigância de má-fé, porquanto, embora a má-fé da litigância figure como punição processual, para reparar postergação do processo, ela não ampara, por sua gênese, a lesão moral que exsurge da relutância de má-fé, assim vista a voluntária inseqüência com os resultados previsíveis do filho proposadamente privado de contar com o sobrenome paterno e que, por isto mesmo, durante sensível tempo, não pôde ser considerado no âmbito das suas relações humanas como descendente de seu progenitor.

Tem decidido a jurisprudência alienígena, com interessantes arestos recolhidos dos tribunais argentinos, que entendem e ordenam deva ser ressarcido o dano moral, que implica na violação dos direitos à personalidade de um sujeito, a quem se infere uma dor injusta, ao abandona-la nos momentos mais difíceis da sua vida, negando-lhe logo a paternidade, depreciando à sua ex-amante em seus mais íntimos sentimentos e elidindo ao filho a inscrição de seu apelido paterno no Registro Civil. Ou, como decidiu a Sala L, CNCiv, em 14/04/94-de que “As lesões sofridas por quem intenta obter sua filiação atentam contra a honra, o nome, a honestidade, as afeições legítimas e a intimidade. Isto permite que se faça credora da indenização que reclama por dano moral, sem prejuízo que o menor, na oportunidade pertinente, possa reclamar ao demandado uma condigna reparação”.

Transitar pela vida, em tempo mais curto ou mais longo, sem o apelido paterno, com sua identidade civil incompleta, causa em qualquer pessoa um marcante dano psíquico, máximo na etapa de seu crescimento e da sua formação moral, caracterizada pela extrema sensibilidade, a suscitar insegurança e sobressaltos na personalidade psíquica do descendente, posto que o priva o pai de um direito que pertence ao menor pelo decorrer do vínculo biológico que se apresentou no momento da sua concepção. Pois, como se pronunciou a jurisprudência argentina em recente decisão, "se a filiação e o apelido, como atributos da personalidade, não podem ser desconhecidos legalmente, e a ordem jurídica procura sua concordância com a ordem biológica, aquele que ilide voluntariamente seu dever jurídico de reconhecer seu filho resulta responsável pelos danos ocasionados a quem tem o direito de ser incluído no respectivo estado de família"¹⁷.

A família é lugar privilegiado para o desenvolvimento de importantes dimensões na realidade social e vida psíquica dos indivíduos que a compõem. Contudo, nela também é possível verificar que muitos comportamentos são nocivos a tal propósito. Tais comportamentos, alguns instintivos e outros que expressam complexos emocionais conscientes ou

¹⁷ MADALENO, R. *o dano moral na investigação de paternidade*. Disponível em: <http://www.genomic.com.br/artigo09.htm>. Acesso em: 2 nov. 2003.

inconscientes, por sua vez, podem determinar o que se denomina de dano moral.

Lugar destinado a promover a pessoa humana, através de uma progressiva realização do ideal no caráter, a família também pode dividir, introverter ou inverter a sua personalidade.

Apesar da reconhecida carência de normas que estabeleçam a sanção pecuniária para esse caso, é crescente a presença dos que defendem a sua aplicação aos causadores desse dano. Manifestam-se nesse sentido as figuras proeminentes de Yussef Said Cahali¹⁸, José de Aguiar Dias¹⁹, Caio Mário da Silva Pereira²⁰, Carlos Alberto Bittar²¹, Maria Helena Diniz²², Carlos Roberto Gonçalves²³, Wladimir Valler²⁴, Mário Moacyr Porto²⁵, Rui Stoco²⁶, José de Castro Bigi²⁷, Fabrício Zamprogna Matielo²⁸, Athos Gusmão Carneiro²⁹, Antonio Junqueira de Azevedo³⁰ e Antonio Jeová Santos³¹.

É verdade que raramente se verificam demandas voltadas ao pleito reparatório de dano moral nas relações familiares, apontando Antonio Junqueira de Azevedo duas causas para isso:

O fato de essa responsabilidade não ser exigida perante os tribunais brasileiros resulta, principalmente, de duas causas: do profundo respeito pelos laços familiares, dificultando a transferência dessas questões para o poder decisório do Judiciário, e da falta de espírito criador dos homens da Justiça - predominando a primeira causa, nos tempos passados, e a

¹⁸ Dano e indenização, p. 108-9; Dano moral, 2ª ed., p. 648-74; Divórcio e Separação, 8ª. ed., p. 952-6.

¹⁹ Da responsabilidade civil, 7ª. ed., v. II, p. 401-3. Manifesta-se o doutrinador: "O adultério constitui clara violação dos deveres conjugais. Poderá dar ensejo à reparação civil? À luz dos princípios expostos, não se pode senão sustentar a afirmativa" (p. 402).

²⁰ Afirma o autor: "Afora os alimentos que suprem a perda de assistência direta, poderá ainda ocorrer a indenização por perdas e danos (dano patrimonial e dano moral), em face do prejuízo sofrido pelo cônjuge inocente" (Instituições de Direito Civil, 11ª. ed., v. V, p. 156).

²¹ Reparação civil por danos morais, 3ª. ed., p. 189, 192 (em especial a nota de rodapé nº 324), 198 e 204.

²² Curso de Direito Civil Brasileiro, 8ª. ed., 5º v., p. 192 (item 3);

²³ Responsabilidade civil, 6ª. ed., 70-3.

²⁴ A reparação do dano moral no direito brasileiro, 3ª. ed., 157 a 160 e 165 a 167.

²⁵ Responsabilidade civil entre marido e mulher. In Yussef Said Cahali (coordenador), Responsabilidade Civil, p. 197-211.

²⁶ Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial, 2ª. ed., p. 248-9 e 265-6.

²⁷ Dano moral em separação e divórcio. In Revista dos Tribunais 679:46-51.

²⁸ Dano moral, dano material e reparação. 2ª. Ed., 126-8.

²⁹ RT 560:182-86.

³⁰ Responsabilidade civil dos pais. In Yussef Said Cahali (coordenador), Responsabilidade Civil, p. 65-7.

³¹ Dano moral indenizável, 2ª ed., p. 448-9

*segunda, nos dias de hoje*³².

Contudo, forçoso reconhecer que a Constituição Federal de 1988, introduziu novos contornos à família, fixando-lhe um modelo igualitário (igualdade entre os cônjuges, igualdade entre os filhos) e valorizando as pessoas e seus sentimentos. Não há dúvida que abriu-se espaço para o afeto nas relações familiares³³, fazendo com que a noção jurídica de família compreenda a de uma "comunidade de afeto e entre-ajuda"³⁴.

A família passou a ser reconhecida como um lugar onde a vida deve ser compartilhada e a dignidade humana enaltecida. Se assim o é, impõe concluir que os atos que revelem a falta do afeto e de respeito mútuo entre seus membros, especialmente quando deles resultem dano, devem ser compreendidos como ilícitos. Por sua vez, como atos ilícitos devem ser considerados fatos geradores de responsabilidade civil.

Cabe lembrar que a Carta Magna, sem fazer qualquer exclusão, assegurou o princípio da reparabilidade do dano moral (art. 5º, V e X da CF), impondo aos operadores jurídicos o dever de resguardar os direitos que dele emergem.

Assim sendo, pretende-se que este breve artigo contribua para o debate sobre o dano moral ocorrido no contexto das relações familiares e a aplicação de sanção reparatória ao mesmo.

³² Ob. cit., p. 66. No mesmo sentido manifesta-se José de Castro Bigi: "É evidente que se ações da natureza que estamos discutindo não chegam à barra de nossos Tribunais, é porque, os advogados não têm se abalçado a propô-las" (Dano moral em separação e divórcio, in RT 679:48). Porém, o mais grave é a falta de coragem de denunciar como bem o expressa Magda Denise Meister: "No âmbito familiar, utilizando a teoria do estigma social de Goffman, que menciona que as pessoas íntimas (mãe e criança) não só ajudam a pessoa desacreditável (pai que abusa sexualmente e agride), em sua simulação, mas faz com que essa função vá além do que suspeita o beneficiário, serve como um círculo protetor. E aqui não só a família, mas os vizinhos e os membros da comunidade. Tanto que, todos da comunidade estigmatizam estes homens, mas não os denunciam, nem a família, agem todos como se fosse normal, e que estas crianças não sofrem de uma violência destrutiva dentro de seus próprios lares. A mulher por sua vez, subordinada ao homem, confirma a problemática da identidade de gênero, são violadas e mal tratadas dentro do próprio lar, onde não existe segurança para si e seus filhos. Não conseguem denunciar e nem sair deste círculo vicioso, assumem seu papel de 'sexo frágil', associado a sua condição fisiológica de um corpo reprodutor e dependência financeira do marido, denunciando o próprio estigma da mulher" (Inocência violada: uma face da violência intrafamiliar, in Direito & Justiça, 20:218).

³³ Sobre o afeto nas relações familiares, veja o artigo "O papel jurídico do afeto nas relações de família" de Silvana Maria Carbonera, in Luiz Edson Fachin (coordenador), Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo, p. 273-313.

³⁴ Toma-se emprestada a expressão de precioso significado que nos é dada por José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz (Curso de Direito de Família, 2ª ed., p. 11).

19. CONCLUSÃO

O filho concebido fora do casamento e não reconhecido pelo pai já foi muito sacrificado e considerado até mesmo pela própria igreja uma mancha moral.

O tempo demonstra que inequívocas monstruosidades ocorreram no campo da investigação da paternidade, posto que na antigüidade a família seguia os postulados da organização religiosa.

É a história dos deuses particulares que integravam a vida de cada família, sede na qual nenhum estranho poderia ser recebido.

Um filho não associado à cerimônia do casamento, quando nascido de outra mulher, não poderia ser considerado como tal, por não integrar o culto.

A história da investigação da paternidade sempre foi muito complexa, e no século passado por vezes foi consentida, e por vezes foi proibida.

E mesmo no século atual muitas controvérsias ocorreram no referente a classificação dos filhos e os seus direitos.

Marchando em direção da evolução do nosso País a Constituição de 1988 gerou normas assecuratórias da igualdade a todos os filhos.

O *status* da filiação após uma luta que ocupou séculos, na atualidade se consagra com a igualdade, inexistindo as diferenças que contaminavam a inequívoca discriminação diante da classificação então recebida de legítimos, ilegítimos, naturais, adulterinos e incestuosos.

Na modernidade, filho é filho, restando somente a certeza que desse retrospecto da história onde o sofrimento imperou a responsabilidade da paternidade, tornou-se, inclusive, princípio espiritual.

A paternidade é um vínculo absolutamente necessário para a evolução da própria humanidade.

Há gravidade na questão que envolve o abandono da filiação e os estragos refletidos quando se ignora tão fundamental direito.

Na realidade o abandono da criança é sinônimo de desequilíbrio social, não se podendo falar em desenvolvimento sadio e harmonioso quando se tem negado a própria paternidade.

Nenhum pai deve retirar da vida do filho a justa esperança da filiação da paternidade, e o bem-estar da criança a quem gerou, uma vez que a aceitação verdadeira da filiação é sinônimo de afeto.

É evidente que o exame de consciência de cada um, minimizaria a complexa questão que tornou o tema investigação de paternidade constrangedor esquema de abandono.

Os filhos abandonados diante da negativa da paternidade, quando os pais afastam-se da boa-fé devendo por tal razão responder após constatada a

paternidade, pelos delitos de abandono material e abandono intelectual e ainda pela indenização por dano moral que, para a paternidade irresponsável, o remédio apto para a minimização do delito é a aplicação da lei, em prol do bem-estar dos filhos.

A paternidade responsável é um problema de ordem social e mundial, já que o homem é, por natureza, um ser eminentemente social, e tem como base a família, uma organização simples, mas de grande valor, onde se formam as gerações futuras e onde se conservam as tradições que herdamos do passado.

É dever do pai criar e conferir-lhe educação, de acordo com os seus recursos.

É gravíssima a posição do pai que nega-se ao reconhecimento do filho, circunstância a exigir bastante reflexão de toda a sociedade já que o desprezo pode levar o filho para a trilha do desequilíbrio e em todos os aspectos.

Consciência e responsabilidade devem fazer parte integrante da criação não apenas diante do nascimento de uma criança, antes, porém no período da própria gestação.

Os filhos necessitam de afetividade, de amor, de todo apoio para o seu desenvolvimento e nada mais é gratificante que conhecer, sentir os laços de afeto, como recompensa da própria vida.

Paternidade é a prerrogativa do ser humano, como algo de Deus, já que o nascimento vem da natureza humana.

20. REFERÊNCIAS

- ANDRÉ, B. *La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses*, Paris, Dalloz, 1927.
- BARBERO, O.U. *Danos y perjuicios derivados del divorcio*. Editorial Astrea, p. 101.
- BIGI, J. de C. Dano moral em separação e divórcio. In *Revista dos Tribunais* 679:46-51. São Paulo: RT, maio/92.
- CÂMARA NEGA TÍTULO HONORÍFICO A PELÉ. *Folha de S. Paulo* de 05/03/97, p. 3-13.
- CAHALI, Y.S. *Dano Moral*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 661.
- CARVALHO NETO, I. de. *Responsabilidade Civil no direito de Família*. 2 t., Curitiba: Juruá, 2003.
- FACHIN, L.E. (coordenador). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GONÇALVES, C.R. *Responsabilidade civil*. 6 ed., atual. e ampliada, São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES, E.S. O dano moral nas relações familiares. Revista de Eventos, Maringá, ano 11, n. 1, p. 181-201, novo 1999.

MADALENO, R. O dano moral na investigação de paternidade. In: *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, nov./1977, vol. 71, p. 271; artigo também capturado na Internet, no site <http://www.gontijo-familia.adv.com.br>, em 09/set./2000

MAZZILLI, H.N. Pontos controvertidos sobre o inquérito civil. In: *Doutrina*. Coord. James Tubenclak. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1999, vol. 7, p. 333.

MEISTER, M.D. Inocência violada: uma face da violência intrafamiliar. In *Direito & Justiça* 20:211-26, Porto Alegre: PUC-RS, 1999.

NOGUEIRA, L. do C. *Da investigação de paternidade: algumas pontuações*. In: *Doutrina* Coord. James Tubenclak. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2000, V. 9, p.236.

OLIVEIRA, J.L.C. de; MUNIZ, F.J.F. Curso de direito de família. 2 ed., 2ª tiragem, Curitiba: Juruá, 1998.

PEREIRA, R. da C. *Direito da Família: uma abordagem psicanalítica*. Editora Dei Rey, p. 25.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara de Direito Privado. Apelação 252.862-1/0. Relator: Desembargador Souza Lima. Julgado 22/maio/1996. Cópia do acórdão obtida diretamente no Tribunal de Justiça (no corpo do acórdão).

SIMAS FILHO, F. Investigação de paternidade: peculiaridades, panorama atual, futuro. In: *Repensando o direito de família: anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Dei Rey, 1999, p. 464.