

RECURSO ESPECIAL Nº 826.698 - MS (2006/0039233-3)

RECORRENTE : E F B
ADVOGADO : LUCIANO SANDIM CORREA E OUTROS
RECORRIDO : A A DE L
ADVOGADO : JOÃO MARIA DA SILVA RAMOS
Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RELATÓRIO

Recurso especial interposto por E. F. B. com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão exarado pelo TJ/MS.

Ação: de investigação de paternidade cumulada com alimentos proposta por A. A. de L. em face do recorrente.

Sentença (fls. 447/454): julgou procedentes os pedidos para declarar o recorrente pai da recorrida e para fixar os alimentos no equivalente a três salários mínimos mensais.

Embargos de declaração: opostos pelo recorrente, foram parcialmente acolhidos (fls. 473/477).

Acórdão: negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo recorrente, nos termos da seguinte ementa:

(fls. 543/544) - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - COISA JULGADA - EXAME DO DNA - PROVA QUE NÃO ERA CONHECIDA - INEXISTÊNCIA - VALOR DA CAUSA - ALIMENTOS - ARTIGO 259, VI, DO CPC - PROCURAÇÃO - ADVOGADO - RATIFICAÇÃO DOS ATOS - CERCEAMENTO DE DEFESA - INTIMAÇÃO DA PARTE INTERESSADA - AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO - EXAME DO DNA - NÃO REALIZAÇÃO - RECUSA - PRESUNÇÃO - PROVAS TESTEMUNHAIS - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - VALOR FIXADO RAZOAVELMENTE - LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ - AUSÊNCIA DE DOLO - IMPROVIDA.

Não há cerceamento de defesa por impossibilidade de produção de prova testemunhal se a parte, apesar de intimada sobre a irregularidade das informações sobre o endereço da testemunha, não se manifestou nos autos.

O fato de já ter sido ajuizada ação anterior com objetivo de ser

Superior Tribunal de Justiça

reconhecida a paternidade da autora e o direito ao recebimento de pensão alimentícia, isso não significa que a questão não possa mais ser analisada. Se a coisa julgada é inconstitucional, porque fere o direito da personalidade, a matéria pode ser reapreciada diante da possibilidade de realização do teste de DNA, cujo exame não era possível quando a primeira ação foi ajuizada.

A quantificação do valor da causa pode ser realizada na sentença, principalmente se esse procedimento não acarreta prejuízos ao apelante, porque a autora é beneficiária da justiça gratuita e o cálculo do valor foi estabelecido conforme a regra do artigo 259, inciso VI, do CPC.

Não há decretar a inexistência dos atos processuais realizados antes de 1999, data em que a autora completou 16 anos de idade, visto que o advogado que os realizou não agiu de má fé e possuía representação processual válida, mormente se a requerente faz anexar cópia da procuração outorgada a seu advogado, ratificando todos os atos anteriormente praticados.

A recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade, ainda mais se corroborada pelas provas testemunhais.

Declarada a paternidade, são devidos alimentos a contar da citação válida.

Considera-se razoável a fixação dos honorários, se o valor for condizente com a natureza da causa e o trabalho realizado pelo profissional.

Não há litigância de má fé sem a comprovação do dolo.

Embargos de declaração: rejeitados, com aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC.

Recurso especial: interposto sob alegação de ofensa aos arts. 17, incs. I e II, 37, 258, 282, inc. V, 332, 333, inc. I, 468, 472, 535, do CPC; 5º, incs. XXXVI e LV, da CF; aos seguintes argumentos:

i) houve coisa julgada em relação à ação de investigação de paternidade e ao pedido de alimentos;

ii) houve inépcia da inicial porque "a r. sentença de primeira instância, apesar de reconhecer que o valor da causa consiste num dos requisitos necessários à propositura da ação (art. 282, V, CPC), declarou não ser pressuposto essencial em se tratando de 'investigação de paternidade (valor inestimável), cumulada com alimentos'" (fls. 570/571);

iii) até a sentença "vinha a recorrida sendo indevidamente representada exclusivamente pela mãe" (fl. 572), mesmo sendo maior de 16 anos, o que não teria sido

Superior Tribunal de Justiça

regularizado no processo, caracterizando, assim, a ausência de mandato e inexistência de atos;

iv) houve cerceamento de defesa, porque não permitida a oitiva de testemunha regularmente arrolada;

v) houve litigância de má-fé por parte da recorrida, porque deduziu pretensão contra fato incontroverso, e alterou a verdade dos fatos;

vi) houve indevida inversão do ônus da prova e julgamento contra a prova dos autos;

vii) houve negativa de prestação jurisdicional.

Pugna, por fim, pelo afastamento da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC.

Contra-razões: às fls. 584/600.

Por meio de provimento de agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial, subiram os autos (fl. 630).

Parecer do MPF (fls. 637/647): o i. Subprocurador-Geral da República Pedro Henrique Távora Niess, opinou pelo conhecimento parcial do recurso e na parte conhecida pelo seu não provimento.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 826.698 - MS (2006/0039233-3)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : E F B
ADVOGADO : LUCIANO SANDIM CORREA E OUTROS
RECORRIDO : A A DE L
ADVOGADO : JOÃO MARIA DA SILVA RAMOS

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

A controvérsia deste processo desenvolve-se em vários prismas processuais suscitados pelo recorrente no bojo de ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos.

O pedido investigatório foi julgado procedente para declarar o recorrente pai da recorrida, e os alimentos fixados no equivalente a três salários mínimos mensais, decisão mantida pelo Tribunal de origem.

Passo, portanto, a análise dos fundamentos declinados pelo recorrente.

- Da violação ao art. 5º, incs. XXXVI e LV, da CF.

Registre-se, inicialmente, que não se mostra viável em sede de recurso especial a análise da alegada violação a dispositivos constitucionais.

- Da violação ao art. 535 do CPC.

Explicita o recorrente que interpôs embargos de declaração contra o acórdão recorrido com o objetivo de corrigir erro jurídico, porquanto ele não exerce cargo de secretário municipal conforme consta da decisão proferida pelo Tribunal de origem.

O Tribunal estadual apreciou a questão, conforme trecho que segue reproduzido:

(fl. 541) - *"Com relação ao valor da pensão, o recorrente não comprovou que a quantia fixada em 3 salários mínimos seja impossível de ser paga. Pelo contrário. As provas dos autos demonstram que esse valor pode ser suportado pelo apelante porque, no período condenatório, foi secretário de Lins-SP e, atualmente, não menciona qual é o seu rendimento nem qual a*

atividade que desenvolve."

Ausente, portanto, o aludido "erro jurídico" no acórdão impugnado, não se configurando a violação ao art. 535 do CPC.

Ressalte-se que embora tenha o recorrente pugnado pelo afastamento da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, não alegou violação a tal dispositivo de lei, o que obsta a abertura do debate no particular.

- Da violação ao art. 37 do CPC.

Aduz o recorrente que, no início da ação, a investigante era representada por sua mãe, não tendo sido regularizada sua representação processual quando completou dezesseis (16) anos, e que, portanto, os atos foram praticados por advogado sem procuração nos autos, pelo que inexistentes.

Sobre o tema, a manifestação do Tribunal de origem:

(fl. 539) - *"Em que pese a autora ter ingressado com a ação enquanto era incapaz e ter completado 16 anos em 16.05.1999, durante a tramitação do processo, e nesta data não tenha regularizado a sua representação processual, certo é que à f. 429 a requerente junta aos autos cópia da procuração outorgada a seu advogado bem como ratifica os atos anteriormente praticados.*

Assim, não há que decretar a inexistência dos atos processuais realizados antes de 1999, visto que o advogado que os realizou não agiu de má fé e tinha procuração nos autos outorgada pela representante legal da autora."

Desse modo, sanado o defeito com a devida regularização processual, nada há para reformar na decisão impugnada.

- Da violação aos arts. 258 e 282, inc. V, do CPC.

Sustenta o recorrente que a investigante não atribuiu valor à causa, devendo ser declarada, por conseguinte, a inépcia da inicial.

O entendimento do STJ, contudo, embasa a fundamentação do acórdão impugnado, nos termos da seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 282, V, DO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL. VALOR DA CAUSA. NÃO VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO ÀS PARTES. ATENDIMENTO AO CARÁTER INSTRUMENTAL DO PROCESSO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Não constitui violação ao artigo 282, V, do Código de Processo Civil a não extinção de processo sem apreciação do mérito, se a omissão em indicar o valor da causa não acarretar qualquer prejuízo as partes. Deve-se, em casos como o presente, atentar-se primeiramente para o caráter de instrumentalidade do processo, lembrando-se sempre que a forma existe para servir ao processo afim de agilizar a entrega da prestação jurisdicional e não para criar-lhe obstáculos.

2. Recurso Especial do qual se conhece parcialmente por alegativa de violação ao artigo 282, V, do Código de Processo Civil, negando-se-lhe porém, provimento."

(REsp 182.936/AL, Rel. Min. José Delgado, DJ de 1º/3/1999)

Tal como expresso no acórdão, a falta de indicação do valor da causa não ofende aos arts. 258 e 282, inc. V, do CPC, ante a ausência de prejuízo às partes, sobressaindo o caráter da instrumentalidade do processo.

- Da violação ao art. 332 do CPC.

Afirma o recorrente que houve cerceamento de defesa porquanto a testemunha por ele arrolada não recebeu intimação, uma vez que a carta precatória foi enviada erroneamente para Comarca de São Paulo em vez de ser encaminhada para a cidade de Birigüi-SP.

Por elucidativo, segue o pronunciamento do Tribunal de origem, quanto à questão debatida:

(fl. 537) - "Realmente, a carta precatória foi encaminhada para São Paulo-SP. Todavia, a certidão de f. 472 informa que esse procedimento foi adotado porque a cidade de Clementina-SP não consta como comarca ou distrito. Assim, a carta precatória foi remetida para o setor de cartas precatórias da Comarca de São Paulo-SP, local onde se realizaram os atos necessários à inquirição da testemunha. Aliás, a testemunha não foi intimada porque não existia o número de sua residência, conforme indicado pelo requerido (f. 395-v).

Intimado o apelante à f. 396 sobre a referida informação, não houve qualquer manifestação nos autos, de forma que a produção desta prova ficou preclusa.

Superior Tribunal de Justiça

Além do mais, não restou comprovado nos autos que a Comarca de Birigui-SP seria a competente para cumprir a carta precatória."

Da leitura do acórdão recorrido, verifica-se que a oitiva da testemunha restou prejudicada notadamente pela incompleta informação do endereço fornecida pelo recorrente, não restando comprovada, portanto, qual a comarca competente para cumprir a carta precatória.

Dessa forma, além de preclusa a questão, impera o óbice da impossibilidade de se reexaminar fatos e provas em sede de recurso especial.

- Da violação ao art. 17, incs. I e II, do CPC.

Alega o recorrente que a investigante silenciou quanto à existência de ação idêntica anteriormente ajuizada, bem como alterou a verdade dos fatos, ao omitir-se igualmente quanto à época da concepção.

Sobre a questão, ponderou-se no acórdão recorrido o seguinte:

(fl. 541) - *"O direito de ação é assegurado constitucionalmente, de forma que não se pode vedar o acesso à justiça para pleitear um direito tão importante como é o caso da ação de investigação de paternidade.*

Se assim não fosse, toda vez que se alegasse a coisa julgada e ela fosse acatada pelo juiz, deveria ser aplicada ao autor a pena de litigância de má fé. Não é esse o intuito da lei processual. A penalidade só deve ser aplicada quando evidente o dolo por parte da autora, o que não ocorre no caso presente."

A simples ausência de dolo já exclui a possibilidade de declaração de litigância de má-fé da recorrida, pelo que nada há para reformar na decisão impugnada também nesse aspecto, incidindo ainda, igualmente, a Súmula 7/STJ, porquanto este Tribunal toma em consideração os fatos assim como traçados no acórdão recorrido.

- Da violação ao art. 333, inc. I, do CPC.

Sustenta o recorrente que houve indevida inversão do ônus da prova por ter ele se esquivado da realização do exame genético pelo método DNA. Afirma ainda, em relação à procedência do pedido de reconhecimento de paternidade, que houve julgamento contra a prova

dos autos.

Sobre a insurgência, a conclusão do acórdão recorrido:

(fl. 541) - *"Realmente, analisando os termos da sentença e confrontando com as provas carreadas aos autos, é de se concluir que o réu é o pai da autora.*

A recente súmula editada pelo STJ dispõe que:

'SÚMULA Nº 301

Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.'

Essa presunção não foi quebrada pelo requerido, devendo ser mantida a sentença objurgada."

Mais uma vez, segue irrepreensível o acórdão impugnado, nada havendo para retocar na decisão do Tribunal de origem, que, atraindo, da mesma forma, o óbice da Súmula 7/STJ.

- Da violação aos arts. 468 e 472 do CPC.

Por fim, alude o recorrente, como matéria principal a ser analisada, a ocorrência de coisa julgada, em razão de que, anteriormente, a recorrida ajuizou ação idêntica pleiteando o reconhecimento da paternidade e alimentos, cujo pedido foi julgado improcedente.

Este Tribunal tem entendido que *"não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido"*. Segue ainda o precedente nos termos abaixo reproduzidos:

"(...)

II – Nos termos da orientação da Turma, 'sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza' na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.

III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de

Superior Tribunal de Justiça

investigação de paternidade, deve ser interpretada modus in rebus. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, 'a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade'.

IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum."

(REsp 226.436/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 4/2/2002)

Na mesma linha de entendimento, os seguintes julgados:

"PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROPOSITURA DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE PELO NÃO COMPARECIMENTO DA REPRESENTANTE LEGAL DO INVESTIGANDO À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. CONFISSÃO. COISA JULGADA. AFASTAMENTO. DIREITO INDISPONÍVEL.

I - Na primitiva ação de investigação de paternidade proposta, a improcedência do pedido decorreu de confissão ficta pelo não comparecimento da mãe do investigando à audiência de instrução designada. Considerando, assim, que a paternidade do investigado não foi expressamente excluída por real decisão de mérito, precedida por produção de provas, impossível se mostra cristalizar como coisa julgada material a inexistência do estado de filiação, ficando franqueado ao autor, por conseguinte, o ajuizamento de nova ação. É a flexibilização da coisa julgada.

II – Em se tratando de direito de família, acertadamente, doutrina e jurisprudência têm entendido que a ciência jurídica deve acompanhar o desenvolvimento social, sob pena de ver-se estagnada em modelos formais que não respondem aos anseios da sociedade.

Recurso especial conhecido e provido."

(REsp 427.117/MS, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 16/2/2004)

"PROCESSO CIVIL. EXTINÇÃO DO PROCESSO. FALTA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. JULGAMENTO DE MÉRITO. ART. 269-I, CPC. DOCTRINA. RECURSO PROVIDO.

I - A insuficiência ou falta de provas acarreta a improcedência do pedido, não a extinção do processo sem julgamento de mérito.

II - Como doutrina Humberto Teodoro Júnior, 'o juiz não pode eternizar a pesquisa da verdade, sob pena de inutilizar o processo e de sonegar a Justiça

Superior Tribunal de Justiça

postulada pelas partes'. Assim, 'se a parte não cuida de usar das faculdades processuais e a verdade real não transparece no processo, culpa não cabe ao juiz de não ter feito a Justiça pura, que, sem dúvida é a aspiração das partes e do próprio Estado. Só às partes, ou às contingências do destino, pode ser imputada semelhante deficiência'.

III - Esta Turma, em caso que também teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas (REsp n. 226.436-PR, DJ 04/02/2002), mas diante das suas peculiaridades (ação de estado - investigação de paternidade etc.), entendeu pela relativização da coisa julgada."

(REsp 330.172/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 22/4/2002)

Dessa forma, considerando que, por ocasião do ajuizamento da primeira ação de investigação de paternidade, o exame pelo método DNA ainda não era disponível tampouco havia notoriedade a seu respeito, e tendo sido julgado improcedente o pedido por insuficiência de provas, conforme atesta o acórdão recorrido à fl. 538, admite-se o ajuizamento de nova ação investigatória com pedido de alimentos. Não há, pois, violação à coisa julgada.

A não exclusão expressa da paternidade do investigado na primitiva ação investigatória, ante a precariedade da prova e a insuficiência de indícios para a caracterização tanto da paternidade como da sua negativa, além da indisponibilidade, à época, de exame pericial com índices de probabilidade altamente confiáveis, impõem a viabilidade de nova incursão das partes perante o Poder Judiciário para que seja tangível efetivamente o acesso à Justiça.

No que concerne ao pedido de alimentos, não aponta o recorrente violação a dispositivo legal no particular, o que obsta a abertura do debate nesse ponto.

Forte em tais razões, NÃO CONHEÇO do recurso especial.