

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

1. Ainda que não pleiteados na inicial nem deferidos na sentença, é de serem os alimentos fixados nesta sede recursal. Face à menoridade da investigante, cuja necessidade é presumida, impositiva a determinação constante do art. 7º da Lei nº 8.560/92. Somente a fixação do *quantum* dos alimentos é de ser feita no juízo de origem.

2. Evidenciado o intuito procrastinatório do demandado, impõe-se o reconhecimento da litigância de má-fé.

Apelo improvido, por maioria, impondo-se de ofício o pagamento de alimentos.

APELAÇÃO CÍVEL

Nº 598 359 669

R.F.S.A.

**F.P.,
menor impúbere representada por sua
mãe,**

S.J.P.

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

VIAMÃO

APELANTE

APELADA

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam em Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **por maioria, desprover o apelo, fixando, de ofício, alimentos à apelada, vencido o em. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, que dava provimento, em parte,** nos termos dos votos constantes das notas taquigráficas que integram o presente acórdão.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Excelentíssimo Senhor Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis.

Porto Alegre, 31 de março de 1999.

**DESA. MARIA BERENICE DIAS,
RELATORA-PRESIDENTA.**

**DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES,
VOTO VENCIDO.**

RELATÓRIO

DESA. MARIA BERENICE DIAS - RELATORA-PRESIDENTA -

F.P., representada por sua mãe, S.J.P., ajuizou ação de investigação de paternidade contra R.F.F.D., alegando que nasceu da relação que sua genitora manteve com o requerido por 2 anos, que visita os avós paternos e que não recebe nenhuma assistência do réu. Requer seja declarada a paternidade e concedida a gratuidade da justiça.

Foi deferida a assistência judiciária gratuita (fl. 8).

Contestando (fls. 12/13), o réu alega que nunca conviveu com a mãe da autora e que, no período em que mantinham relações sexuais, ela também o mantinha com outros homens mediante remuneração.

Houve réplica (fls. 16/17).

Sobreveio exame pericial de grupos sanguíneos (fls. 50/61), o qual obteve probabilidade positiva de paternidade de 98,95%.

Em audiência (fls. 77/79), foram colhidos os depoimentos pessoais das partes. O réu, inconformado com o laudo pericial, requereu o exame de DNA, a que, marcado, ele não compareceu (fl. 92).

O Ministério Público opinou pela procedência da ação (fls. 104/106).

Sentenciando (fls. 110/112), o magistrado julgou procedente a ação, declarando a autora filha do réu, condenando-o nos encargos sucumbenciais, incluindo os

gastos suportados pela autora com a perícia, e nos honorários, fixados em 10 URHs. Condenou o requerido, também, em 20 salários mínimos pela litigância de má-fé.

O réu interpôs embargos de declaração (fl. 114), os quais foram desacolhidos (fl. 115).

Inconformado, o requerido apela (fls. 117/121), alegando nulidade por supressão dos debates e irresignação quanto à pena de litigância de má-fé aplicada.

Houve contra-razões (fls. 126/133).

A Promotora de Justiça deixou de se manifestar acerca da matéria (fls. 139/138).

Subiram os autos a esta Corte, tendo a Procuradora de Justiça opinado pelo provimento parcial do apelo, para que seja reduzida a multa por litigância de má-fé (fls. 140/143).

É o relatório.

V O T O

DESA. MARIA BERENICE DIAS – RELATORA-PRESIDENTA -

Julgada procedente a ação de investigação de paternidade e imposta pena de litigância de má-fé no valor correspondente a vinte salários mínimos, recorre o demandado.

A preliminar de nulidade do processo por ausência de debates merece ser rejeitada. Na audiência, foi colhido somente o depoimento pessoal das partes, e a fase instrutória não se encerrou nessa oportunidade ante o pedido de nova probação pericial formulado pelo recorrente.

Determinada, mas não realizada a perícia, tiveram as partes mais de uma oportunidade de se manifestar no processo. Sendo assim, nenhum prejuízo se visualiza - nem alega ter sofrido o recorrente - face à omissão da formalidade, o que impõe o reconhecimento da higidez do processo.

Rejeito a preliminar.

Restringe-se o apelo, no seu mérito, exclusivamente à apenação por má-fé processual, que lhe foi imposta em valor correspondente a 20 salários mínimos.

No entanto, inquestionável o intuito procrastinatório da parte. O fundamento da contestação (fl. 12) foi a postura promíscua da mãe da autora, chegando a haver a afirmativa do réu de que a gratificava pelos contatos sexuais e que ela também cobrava de outros homens.

Não se conformando com o resultado da perícia, que apontou 98,95% de probabilidade positiva - percentual correspondente a uma paternidade segura -, requereu produção de nova prova, dispondo-se a arcar integralmente com o custo do exame pelo método DNA. No entanto, deixou de comparecer ao exame designado, sem qualquer justificativa. Tal expediente restou por retardar o andamento do feito em cerca de um ano. Requereu a realização do exame em 15 de maio de 1997 e em fevereiro de 1998 é que trouxe aos autos o direito de preferir permanecer na dúvida (fl. 102).

O art. 18 do CPC, em sua atual redação, limita a multa decorrente de litigância de má-fé a 1% do valor da causa, mas possibilita a determinação do pagamento de indenização no artigo subsequente, abrindo-se a possibilidade de proceder-se à sua quantificação por meio de liquidação por arbitramento.

Esta Câmara já adotou, em ação investigatória, como critério para a fixação da indenização, a importância equivalente a meio salário mínimo mensal desde a data do nascimento do autor até a data da citação, momento em que passam a vigorar os alimentos fixados na sentença. O fundamento, que se afigura absolutamente lógico e muito justo, encontra-se no acórdão da Apelação Cível nº 598.381.234, cujo Relator foi o eminente Des. Eliseu Gomes Torres, assim ementado:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA SUFICIENTE. DISTRIBUIÇÃO EQUITATIVA DO ENCARGO PROBATÓRIO. MÁ-FÉ DO APELANTE. Confirma-se a sentença que, calcada em elementos fático-probatórios convincentes, declara a paternidade. Alimentos fixados com moderação e com termos de vigência a contar da citação, nos moldes de iterativa jurisprudência desta Corte. Mostra-se litigante de má-fé quem cria incidentes infundados e clama por realização de perícia que, depois, recusa pagar. Apelo desprovido e litigância de má-fé declarada. Unânime.”

A Constituição Federal pressupõe que, para sua sobrevivência, o cidadão necessita perceber valor correspondente a um salário mínimo. Como a ação de investigação de paternidade tem carga eficaz declaratória, os efeitos do reconhecimento dispõem de efeito retroativo. Sendo dever de ambos os pais prover o sustento dos filhos, a obrigação existe, no mínimo, desde a data do nascimento. Se a autora se encontra viva, por certo foi mantida exclusivamente pela genitora. Assim, seria de impor-se a indenização em valor correspondente à metade da importância constitucionalmente reconhecida para a manutenção de alguém.

Essa a forma de quantificação que deveria ter sido levada a efeito para apurar-se o valor da indenização. Como o valor deferido na sentença foi inferior ao ora reconhecido como devido, esbarra a alteração do montante na impossibilidade da *reformatio in pejus*.

O reparo que merece a sentença diz com a fixação dos alimentos.

Mesmo que não pleiteados na inicial, na sentença de procedência, ao reconhecer a paternidade, deveria o magistrado tê-los fixado, nos termos do art. 7º da Lei nº 8.560/92.

A autora é menor, e sua genitora justifica a falta de recursos, tanto que lhe foi concedido o benefício da assistência judiciária gratuita. Assim, por esse duplo fundamento, impunha-se a fixação de alimentos na sentença.

Essa é a posição já adotada nesta Corte, em ambas as Câmaras que tratam da matéria:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS NÃO PLEITEADOS. POSSIBILIDADE. De acordo com o art. 7º da Lei nº 8560/92, podem ser fixados alimentos em sede de investigação de paternidade, mesmo que não tenham sido pleiteados. Apelação desprovida” (Apelação Cível nº 597 246 503, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Eliseu Gomes Torres, julg. em 22/4/98).

“AÇÃO DE ALIMENTOS. DECISÃO ULTRA PETITA.(...) Não há julgamento além do pedido quando a sentença de procedência da investigação de paternidade determina o quantum da prestação alimentar, mesmo que o pedido não tenha sido expresso (...)” (Apelação Cível nº 597 125 806, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Breno Moreira Mussi).

O fato de não ter a sentença atendido à determinação legal não deve levar, contudo, à sua desconstituição, abrindo-se a possibilidade de os alimentos serem impostos em sede recursal.

Possível é complementar-se a sentença neste grau de jurisdição, sem que se esteja transbordando os limites da demanda, suprimindo um grau de jurisdição, ou ainda procedendo-se a *reformatio in pejus*.

Assim, é de se complementar o comando sentencial, impondo ao réu a obrigação do pagamento de alimentos com vigência retroativa à data da citação, conforme estipula o art. 13, § 2º, da Lei de Alimentos.

Somente a fixação do *quantum* é de ser remetida para o juízo monocrático, a possibilitar eventual uso da via recursal sobre o valor estabelecido. Do contrário se estaria infringindo o princípio do duplo grau de jurisdição.

Nesses termos, rejeito o recurso e defiro alimentos à autora, a contar da data da citação, em valor a ser fixado na origem.

DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS – Acompanhamento a eminente Relatora.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES - Peço vista.

VISTA

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES –

Em que pese o mérito do voto da eminente Relatora DESEMBARGADORA MARIA BERENICE DIAS, peço vênia para divergir em alguns pontos, tecendo, no entanto, algumas considerações que me parecem pertinentes.

Primeiramente, com relação à litigância de má fé a que foi condenado o réu, tendo a eminente Relatora apenas modificado o critério de fixação, penso que incorre o dolo processual.

Tenho que a parte pode se valer de todos os meios de prova e de defesa que a lei processual faculta.

No caso **sub judice**, o réu não praticou qualquer ato comissivo ou omissivo que possa ser considerado como litigância de desleal.

Com efeito, vê-se que ele foi (a) instado a fazer exame pericial sob o método HLA, e submeteu-se à perícia, embora sem arcar com a metade das despesas; (b) inconformado com o resultado, requereu outra perícia pelo método do DNA, propondo-se a custear as despesas, mas não compareceu na data aprazada.

Alegou que a mãe da autora praticava sexo profissionalmente, mas não trouxe testemunhas para confortar suas alegações, ou seja, alegou a **plurium concubentium** mas não fez prova do alegado.

Admitiu, depois, que não quis se submeter ao exame pericial de DNA, preferindo ficar com a “dúvida”, quando podia ter mascarado esta sua verdade pessoal com a apresentação de qualquer escusa para sua ausência, trazendo por exemplo um atestado médico, o que aliás é prática reprovável mas muito utilizada em casos análogos como se constata neste Tribunal.

A sentença de primeiro grau, fls. 111, fundamentando a litigância de má-fé do réu afirmou que a “sua falha de caráter não só reside na atribuição difamatória (porquanto absolutamente indemonstrada nos autos) da qualidade de prostituta à representante legal da autora. Deve-se também ao fato de, não obstante ter ciência da possibilidade concreta da paternidade (não negou o relacionamento sexual), omitiu-se, assumindo o risco consciente de deixar ao desamparo filha sua por mais de dez anos. O mais grave, contudo, da conduta do réu, é o agir de modo a obstar, injustificadamente, o oferecimento da boa e célere prestação jurisdicional.”

Ora, a litigância de má-fé não se destina a castigar falhas de caráter, mas rechaçar a litigância desleal, isto é, aquela onde se vislumbra o dolo processual.

Os incisos em que se fundamentou a decisão de primeiro grau, mantida pelo voto da eminente Desembargadora Relatora, se referem à oposição de resistência injustificada ao andamento do processo e ao procedimento temerário em qualquer incidente ou ato do processo.

Mas isso não se verificou.

Conforme CELSO AGRÍCOLO BARBI (in "Comentário ao Código de Processo Civil", vol. I, Forense, 1977, p. 176), a idéia comum de *má-fé* pressupõe um elemento subjetivo, a *intenção malévola*. Afirma o autor que, muitas vezes, é difícil pesquisar a intenção do agente, motivo pelo qual algumas legislações, como a italiana, equiparam a *intenção malévola* à *culpa*, não a *culpa leve*, que é desculpável, mas a *culpa grave*.

A intenção do réu de fazer mais um exame pericial, e depois desistir dele não pode ser caracterizada como *intenção malévola*.

Retardou, sim, o processo, o que é inegável, pois foi marcada nova perícia, o que sempre demanda mais algum tempo, mas não se pode afirmar que o fez por *dolo*, ou *intenção malévola*.

Exerceu um direito processual e pessoal seu, tanto de demandado, como de alegado pai que não quer acreditar que é pai. Tal atitude pode ser considerada um erro. Inquestionavelmente foi um erro, mas não se pode inferir uma *intenção malévola*. Até por que não se pode descartar que, num primeiro impulso, o réu efetivamente acreditasse que o resultado daquele exame pudesse vir a favorecê-lo.

Parece claro que houve resistência psicológica na aceitação de uma paternidade que lhe estava sendo imputada.

Tal resistência, no entanto, embora sob a ótica da autora pareça uma desumanidade, do ponto de vista do demandado se coloca como uma forma de fugir daquilo que se lhe está afigurando como verdade, verdade essa que ele não quer aceitar.

Tampouco se configura o disposto no inc. VI, "conduta temerária" em qualquer ato ou incidente do processo.

Não se vislumbra tal procedimento. Houve apenas uma conduta que está muito longe de ser modelar. No entanto, não se pode saber o que se passa no mais íntimo do ser humano. A mãe da investiganda, por sua vez, esperou dez anos para ajuizar a ação. E não declinou os motivos para a demora.

A fundamentação da sentença foi além do elemento objetivo do processo, perdendo-se nos meandros do subjetivo da julgadora.

E a análise foi efetuada do ponto de vista sentimental: uma criança abandonada por um pai miserável por dez anos...

A conclusão, então, foi a da condenação a tudo e a um pouco mais, estabelecendo uma verdadeira sanção.

Há um dado nos autos que, por si só, afasta a litigância de má-fé, não subsistindo os argumentos utilizados para sua aplicação: o maior fato danoso atribuído ao réu foi retardar o feito injustificadamente, quando pediu a realização de uma perícia e, depois, não compareceu ao ato.

Há que registrar, no entanto, que a audiência na qual solicitou a perícia por DNA foi realizada no dia **15 de maio de 1997** (fls. 77), e o exame pericial ao qual ele não compareceu seria realizado no dia **6 de junho de 1997** (fls. 92), e sua ausência foi comunicada ao juízo em **7 de agosto de 1997** (fls. 92). Portanto, o atacado atraso, causador da litigância de má-fé foi de **menos de três meses**, quando o processo já tramita no judiciário desde 14 de março de 1994, data da autuação. Portanto, no significativo lapso temporal de **mais de cinco anos**, o retardamento de três meses não pode ser considerado fato relevante.

Aponto, ainda, que o réu já foi devidamente penalizado pela sua conduta ao não comparecer à segunda perícia. Seu comportamento processual constitui precioso elemento de prova gerando, ainda mais, a convicção da paternidade.

A alegação de **exceptio plurium concubentium** e os anos passados do nascimento de uma criança até o ajuizamento de uma ação investigatória não podem, sob hipótese alguma, serem elementos caracterizadores de “litigância de má-fé.”

Ademais, não há alegações difamatórias nos autos de uma ação de investigação de paternidade, pois o processo tramita em segredo de justiça, não se configurando a “*difamação*”, que é o ato de “*tirar a boa fama ou o crédito*” ou “*desacreditar publicamente*” alguém, conforme consta em verbete no Novo Dicionário Aurélio, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira.

Relativamente à condenação a alimentos estabelecida nestes autos, cumpre destacar que não houve pedido de alimentos, implícito ou explícito. Não cabe invocar, neste segundo grau, a aplicação por analogia do art. 7º da Lei nº 8.560/92.

Esta lei prevê, expressamente, que sempre que houver o reconhecimento da paternidade, a sentença de primeiro grau fixará os alimentos do reconhecido *que dela necessite*. Portanto, prevista em lei esta fixação alimentar, o citado, quando do recebimento da citação, de acordo com os §§ 4º e 5º do artigo 2º, já poderá se manifestar a respeito da pretensão fundamentada na Lei 8.560/92, expondo suas possibilidades. E não é o caso dos autos em exame, nos quais o demandado não foi citado para pagar alimentos, não apresentou qualquer prova de suas possibilidades, pois ausente qualquer previsibilidade nesse sentido.

Ademais, a lei mencionada destaca, expressamente, a *necessidade* do investigante, e tal necessidade em momento algum foi objeto de análise na presente ação investigatória, nada tendo sido abordado na sentença hostilizada.

Por certo não merece qualquer crítica a sentença de primeiro grau pelo fato de não ter estabelecido condenação em alimentos, pois não houve pedido de alimentos na inicial cumulados com a ação ordinária investigatória de paternidade, logo, a sentença não deveria dar o que não foi pedido. A exceção vem expressamente mencionada na Lei nº 8.560/92.

Assim, bem obrou a magistrada de primeiro grau em não condenar a alimentos.

Tivesse, porém, a sentença de primeiro grau definido a obrigação alimentária, o réu ainda teria, ao menos, oportunidade de questionar o quantum e até apontar a ocorrência de possível cerceamento de defesa...

A fixação dos alimentos no caso em tela, ainda mais em segundo grau, sem qualquer pedido, explícito ou implícito, nem mesmo na fase de recurso, é uma construção jurisprudencial que, **data venia**, não atende às melhores regras da hermenêutica.

VON IHERING considerou que seria desconsiderar a própria essência do Direito, incorrendo-se em grave equívoco, pretender-se que, em nome da lógica, se fizesse da jurisprudência a matemática do Direito. E KELSEN, com propriedade, aponta que as normas jurídicas são molduras, e que o intérprete é quem delimita o conteúdo das mesmas.

Não há que olvidar, porém, a lição de JUAREZ FREITAS quando assevera que “*a interpretação sistemática quando compreendida em profundidade, é a que se realiza em consonância com a rede hierarquizada, máxime na Constituição, tecida por princípios, normas e valores considerados dinamicamente e em conjunto*” (in “Interpretação Sistemática do Direito”, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 54). E, no encerramento de sua obra, o eminente jurista faz uma relação de dez regras de hermenêutica, entre as quais, cabe salientar as seguintes:

a) “*deve o intérprete jurídico, procurando a máxima isenção quanto às partes contrapostas, empenhar-se para que o labor exegético se faça harmônico com os princípios fundamentais do sistema, entre os quais o da legalidade: interpretar é fundamental;*”

b) “*deve o intérprete jurídico reconhecer as premissas preexistentes na construção dos sistemas dos silogismos de sua exegese, purificando-as sob o prisma da racionalidade intersubjetiva, no intuito de alcançar uma escolha axiológica fundamentada, não arbitrária e livre na garantia da coexistência das demais*”

liberdades: interpretar é manejar o metacrítério da hierarquização axiológica;

*c) “deve o intérprete jurídico , à base do sistema objetivo, lutar para a superação das antinomias de avaliação ou injustiças, sem se sobrepor autoritariamente ao Direito, pressuposta sua razoabilidade mínima no Estado Democrático: **bem interpretar é concretizar a máxima justiça possível.**”*

Assim, tenho que não é possível desconsiderar a própria dinâmica do sistema processual, conhecendo da irresignação do réu com o **decisum**, para puni-lo, isto é, não só não acolhendo sua pretensão recursal, mas, de ofício, reformando a sentença para aumentar a pena pela litigância de má-fé e, pior, estabelecendo uma obrigação que não foi postulada na exordial, não foi cogitada na sentença e também não foi objeto de recurso.

Data venia, a decisão preconizada pela Câmara se afigura **extra et ultra petita**.

Quanto à determinação de os autos voltarem ao primeiro grau para fixação do **quantum** dos alimentos, que ainda seriam passíveis de um recurso, penso que a medida não é adequada pois a jurisdição de primeiro grau já se exauriu.

Ademais, consta dos autos às fls. 100, uma certidão que atesta a existência da ação ordinária de alimentos, processo tombado sob nº 23.710, entre as mesmas partes, ocupando os mesmos pólos processuais, em que já foram fixados alimentos provisórios a favor da autora, e o feito já em andamento conforme a referida certidão.

Assim, o voto da eminente Desembargadora-Relatora se constitui, ainda, em **bis in idem**, o que ocasionará situação de perplexidade, causando irreparáveis prejuízos ao réu, em face do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, como também à própria parte autora, que estará diante de dois títulos judiciais regulamentando o mesmo direito...

ISTO POSTO, com renovado pedido de vênia, estou dando parcial provimento ao recurso de apelação do réu para afastar a averbação da litigância de má-fé e peço vênia, também, para dissentir da condenação em alimentos preconizada no douto voto da eminente Relatora.

DESA. MARIA BERENICE DIAS - PRESIDENTA – APELAÇÃO CÍVEL nº 598 359 669, de VIAMÃO.

“POR MAIORIA, DESPROVERAM O APELO, FIXANDO, DE OFÍCIO, ALIMENTOS À APELADA, VENCIDO O EM. DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, QUE DAVA PROVIMENTO, EM PARTE.”

JUIZ A *QUO*: DRA. ANDRÉIA TERRE DO AMARAL.

ACSP

O litigante de má-fé deve ser considerado aquele que argúi pretensão ou defesa em fundamentos que saiba manifestamente sem base jurídica, com intuito protelatório.

Os alimentos a que se refere o art.7º, da Lei nº 8.560, de 29.12.92, somente serão deferidos se comprovada a necessidade.

EMBARGOS INFRINGENTES

4º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS

Nº 599310430

VIAMÃO

R.F.S.A.,

EMBARGANTE;

F.P.,

EMBARGADA.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, em 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, acolher os embargos infringentes, vencidos a Desª Maria Berenice Dias e o Des. José Carlos Teixeira Giorgis, de conformidade e pelos fundamentos constantes das notas taquigráficas anexas, integrantes do presente acórdão.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Tael João Selistre (Presidente, sem voto), Maria Berenice Dias,

José Carlos Teixeira Giorgis, Luiz Felipe Brasil Santos, Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, José Ataídes S. Trindade e o Dr. Alzir Felipe Schmitz, Juiz de Direito substituto.

Porto Alegre, 10 de setembro de 1999.

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA,

Relator.

RELATÓRIO

O DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA (RELATOR) - Em sede de embargos infringentes, R.F.S.A. se insurge contra a decisão proferida nos autos da apelação cível nº 598 359 669 que, por maioria, desproveu o apelo, fixando de ofício, alimentos à apelada, restando vencido o Eminentíssimo Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, que provia em parte.

Alega o embargante, que a manutenção das penas de litigância de má-fé violou as disposições previstas pelo art. 17, incisos V e VI, do Código de Processo Civil, uma vez que não apresentada pelo embargante resistência injustificada ao andamento do processo, também não tendo provocado incidente manifestamente infundado.

Entende que o fato de não ter comparecido ao exame de DNA, por motivo de foro íntimo, preferindo permanecer em dúvida quanto à paternidade, não se constitui em resistência injustificada aposta ao andamento do processo, nem provocação de incidente manifestamente infundado. Poderia estar caracterizada a má-fé no caso de o advogado da parte tomar a iniciativa com o intuito de procrastinar o feito, o que não ocorre, pois a iniciativa foi do ora embargante.

Quanto à má-fé, assevera que, para sua caracterização é necessária a intenção malévola e, no caso, o embargante apenas manifestou a intenção de fazer mais um exame, depois, desistindo. Por fim, ressalta que a fixação de alimentos a contar da data da citação, em valor a ser fixado na origem, desatende a regra prevista no art. 460, do Código de Processo Civil, por ser decisão “*extra e ultra petita*”, uma vez que a inicial disto não cogitou, tendo sido ajuizada pela ora embargada ação de alimentos (fls.99 e 100).

Recebido o recurso, eis que tempestivo e devidamente preparado.

Apresentadas contra-razões pela parte embargada, sustentando a sua tese.

O douto Procurador de Justiça exarou parecer no sentido do acolhimento dos presentes embargos.

É relatório, que foi submetido à douta revisão.

VOTO

O DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA (RELATOR) - O comportamento processual do réu não leva ao conhecimento de litigância de má-fé. Apenas procurou se defender da paternidade que lhe estava sendo atribuída e que afinal veio a ser reconhecida, com a fixação de alimentos desde a data da citação.

Não houve intuito procrastinatório por parte do réu. A contestação atribuiu à mãe da menor uma conduta promíscua, em face do relacionamento com outros homens, mediante pagamento em dinheiro. As exceções *plurium concubentium* ou de *má conduta notória*, são alegações pertinentes a peça contestatória, que não importam em litigância de má-fé.

A inconformidade do réu com a perícia é um direito que lhe assiste, sendo que o não comparecimento posterior ao exame que requereu e que se dispôs a pagar, a ser realizado pelo sistema do DNA, também não pode caracterizar litigância de má-fé, pois na recusa de qualquer das partes ao exame, vê Arnaldo Medeiros da Fonseca um indício relevante contra a veracidade de suas alegações (“Investigação de Paternidade”, nº 319, p.423).

Encontra-se em Adroaldo Leão a seguinte ementa:

“DOLO PROCESSUAL – LITIGANTE DE MÁ-FÉ – MANOBRAS PROTELATÓRIAS. Como litigante de má-fé deve ser havido aquele que argúi pretensão ou defesa em fundamentos que saiba manifestamente sem base jurídica, com intuito protelatório (TARS, Ac. Unân. Da 3ª Câm. Cív., de 25.04.79, Ap. 20.256, Vacaria, Relator Juiz Carlos Ignácio Sant’Anna. Bertoni & Filhos Ltda.,vs.Mecânica Comercial e Importadora Ltda.). ADCOAS, 1980, p.52.”
(O litigante de má-fé, 2ª edição, Editora Forense, p.70)

Quanto a fixação de alimentos desde a citação, com fundamento no art.7º da Lei nº8.560 de 29.12.92, encontra-se doutrina a respeito, em Roberto João Elias, que diz o seguinte: “Consta, ainda, no art.7º, que, na sentença que reconhecer a paternidade, serão fixados os alimentos provisionais ou definitivos, se o autor deles necessitar. Destarte, ainda que a pensão alimentícia não tenha sido requerida na petição inicial, por força do

referido dispositivo, o réu será condenado a prestar alimentos, provada a necessidade.” (“Pátrio Poder, Guarda dos Filhos e Direito de Visita”, Editora Saraiva, ps.75/76)

Ocorre que para a fixação dos alimentos há de ser provada a necessidade, não basta simplesmente o reconhecimento da paternidade. Nem a menoridade da autora, nascida em 24 de agosto de 1983, com 16 anos de idade, autoriza a concessão dos alimentos, pois deles declinou na inicial.

Encontra-se em Theotonio Negrão, “Código de Processo Civil”, 20ª edição, na nota 4 ao art.459, o seguinte: “**Lei 8.560, de 29.12.92** – *Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. (no CCL-CV): ‘Art.7º - Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.’ Todavia, há um acórdão entendendo que o juiz não pode, se a ação de investigação de paternidade não for cumulada com pedido de alimentos, fixá-los de ofício (RT 752/301).*”

Com a sentença, que não lhe alcançou alimentos, se conformou a autora.

Acolho os embargos.

O DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS – Sr. Presidente, quanto à litigância de má-fé, estou em acolher os presentes embargos.

Como muito bem elucidou o eminente Des. Sergio de Vasconcellos Chaves, em seu brilhante voto vencido, a conduta extraprocessual do réu não pode confundir-se com litigância de má-fé. Ademais, no processo, seu comportamento não ultrapassou os umbrais do exercício legítimo do direito de defesa.

Com referência aos alimentos, não obstante tenha como viável a fixação “ex officio”, em se tratando de investigante menor em que, com a devida vênua do eminente Relator, a necessidade decorrente do dever de sustento é presumida mesmo em sede recursal, sendo cabível essa fixação, verifico que, no caso, já se encontra em andamento uma ação própria em que tal temática está sendo controvertida.

Nesse contexto, o estabelecimento de alimentos, nesta investigatória, serviria somente para introduzir indesejável tumulto processual, de vez que, aqui, não se dispõe das provas que certamente estarão sendo produzidas naquele feito. Além disso, caso já tenha sido lançada sentença na ação de alimentos e já tenha essa transitado em julgado, estaria criado singular imbróglho processual, que cumpre, a toda força, evitar.

Por essas razões, acolho os embargos.

A DESª. MARIA BERENICE DIAS – Tendo sido a condutora do voto majoritário, Sr. Presidente, não vejo como me afastar do que lá manifestei.

Não consigo não visualizar, tal como a magistrada no juízo de origem, postura maliciosa da parte em requerer novo exame pelo método do DNA, dispor-se a pagar e, quase um ano depois, vir simplesmente dizer que desiste da prova porque pretende

permanecer com a dúvida. Com certeza, essa atitude configura a litigância de má-fé, tal como posto no art. 18 do CPC.

Com relação aos alimentos, bem referiu aqui o Des. Luiz Felipe, a menoridade pressupõe a necessidade, até porque existe vedação constitucional ao trabalho do menor. Ao depois, existe o dever do sustento. Então, não há necessidade da prova para a fixação dos alimentos, que a lei diz que devem ser fixados de ofício.

De outra parte, o fato de estar tramitando uma ação de alimentos não veda e não gera nenhum “*imbróglío*” na demanda se fixados os alimentos nesta sede. Na ação de alimentos, eles passam a ser devidos a partir do momento em que o Juiz os fixa liminarmente, mas jamais com efeito retroativo a partir da data da citação na ação investigatória de paternidade, como se impõe e aqui restou estabelecido.

Também não haveria possibilidade qualquer de decisão contraditória, porque, neste processo, restou relegado ao juízo de origem a fixação do quanto.

Além do mais retardou o réu a solução da demanda, e não há como livrar o genitor, que não espontaneamente reconheceu a paternidade, do pagamento desses alimentos a contar da data da citação. Pelo fato de ela ter tentado ação de alimentos, não se pode puni-la e não dar alimentos a contar da citação.

Por isso, rogando vênias ao eminente Relator e ao eminente Revisor, mantenho a posição adotada rejeitando os embargos.

O DES. SERGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES – Sr. Presidente, reporto-me ao voto que lancei e peço vênias para transcrevê-lo:

Em que pese o mérito do voto da eminente Relatora DESEMBARGADORA MARIA BERENICE DIAS, peço vênias para divergir em alguns pontos, tecendo, no entanto, algumas considerações que me parecem pertinentes.

Primeiramente, com relação à litigância de má fé a que foi condenado o réu, tendo a eminente Relatora apenas modificado o critério de fixação, penso que incorre o dolo processual.

Tenho que a parte pode se valer de todos os meios de prova e de defesa que a lei processual faculta.

*No caso **sub judice**, o réu não praticou qualquer ato comissivo ou omissivo que possa ser considerado como litigância de desleal.*

Com efeito, vê-se que ele foi (a) instado a fazer exame pericial sob o método HLA, e submeteu-se à perícia, embora sem arcar com a metade das despesas; (b) inconformado com o resultado, requereu outra perícia pelo método do DNA, propondo-se a custear as despesas, mas não compareceu na data aprazada.

*Alegou que a mãe da autora praticava sexo profissionalmente, mas não trouxe testemunhas para confortar suas alegações, ou seja, alegou a **plurium concubentium** mas não fez prova do alegado.*

Admitiu, depois, que não quis se submeter ao exame pericial de DNA, preferindo ficar com a “dúvida”, quando podia ter mascarado esta sua verdade pessoal com a apresentação de qualquer escusa para sua ausência, trazendo por exemplo um atestado médico, o que aliás é prática reprovável mas muito utilizada em casos análogos como se constata neste Tribunal.

A sentença de primeiro grau, fls. 111, fundamentando a litigância de má-fé do réu afirmou que a “sua falha de caráter não só reside na atribuição difamatória (porquanto absolutamente indemonstrada nos autos) da qualidade de prostituta à representante legal da autora. Deve-se também ao fato de, não obstante ter ciência da possibilidade concreta da paternidade (não negou o relacionamento sexual), omitiu-se, assumindo o risco consciente de deixar ao desamparo filha sua por mais de dez anos. O mais grave, contudo, da conduta do réu, é o agir de modo a obstar, injustificadamente, o oferecimento da boa e célere prestação jurisdicional.”

Ora, a litigância de má-fé não se destina a castigar falhas de caráter, mas rechaçar a litigância desleal, isto é, aquela onde se vislumbra o dolo processual.

Os incisos em que se fundamentou a decisão de primeiro grau, mantida pelo voto da eminente Desembargadora Relatora, se referem à oposição de resistência injustificada ao andamento do processo e ao procedimento temerário em qualquer incidente ou ato do processo.

Mas isso não se verificou.

Conforme CELSO AGRÍCOLO BARBI (in "Comentário ao Código de Processo Civil", vol. I, Forense, 1977, p. 176), a idéia comum de má-fé pressupõe um elemento subjetivo, a intenção malévola. Afirma o autor que, muitas vezes, é difícil pesquisar a intenção do agente, motivo pelo qual algumas legislações, como a italiana, equiparam a intenção malévola à culpa, não a culpa leve, que é desculpável, mas a culpa grave.

A intenção do réu de fazer mais um exame pericial, e depois desistir dele não pode ser caracterizada como intenção malévola.

Retardou, sim, o processo, o que é inegável, pois foi marcada nova perícia, o que sempre demanda mais algum tempo, mas não se pode afirmar que o fez por dolo, ou intenção malévola.

Exerceu um direito processual e pessoal seu, tanto de demandado, como de alegado pai que não quer acreditar que é pai. Tal

atitude pode ser considerada um erro. Inquestionavelmente foi um erro, mas não se pode inferir uma intenção malévola. Até por que não se pode descartar que, num primeiro impulso, o réu efetivamente acreditasse que o resultado daquele exame pudesse vir a favorecê-lo.

Parece claro que houve resistência psicológica na aceitação de uma paternidade que lhe estava sendo imputada.

Tal resistência, no entanto, embora sob a ótica da autora pareça uma desumanidade, do ponto de vista do demandado se coloca como uma forma de fugir daquilo que se lhe está afigurando como verdade, verdade essa que ele não quer aceitar.

Tampouco se configura o disposto no inc. VI, “conduta temerária” em qualquer ato ou incidente do processo.

Não se vislumbra tal procedimento. Houve apenas uma conduta que está muito longe de ser modelar. No entanto, não se pode saber o que se passa no mais íntimo do ser humano. A mãe da investiganda, por sua vez, esperou dez anos para ajuizar a ação. E não declinou os motivos para a demora.

A fundamentação da sentença foi além do elemento objetivo do processo, perdendo-se nos meandros do subjetivo da julgadora.

E a análise foi efetuada do ponto de vista sentimental: uma criança abandonada por um pai miserável por dez anos...

A conclusão, então, foi a da condenação a tudo e a um pouco mais, estabelecendo uma verdadeira sanção.

Há um dado nos autos que, por si só, afasta a litigância de má-fé, não subsistindo os argumentos utilizados para sua aplicação: o maior fato danoso atribuído ao réu foi retardar o feito injustificadamente, quando pediu a realização de uma perícia e, depois, não compareceu ao ato.

*Há que registrar, no entanto, que a audiência na qual solicitou a perícia por DNA foi realizada no dia **15 de maio de 1997** (fls. 77), e o exame pericial ao qual ele não compareceu seria realizado no dia **6 de junho de 1997** (fls. 92), e sua ausência foi comunicada ao juízo em **7 de agosto de 1997**(fls. 92). Portanto, o atacado atraso, causador da litigância de má-fé foi de **menos de três meses**, quando o processo já tramita no judiciário desde 14 de março de 1994, data da autuação. Portanto, no significativo lapso temporal de **mais de cinco anos**, o retardamento de três meses não pode ser considerado fato relevante.*

Aponto, ainda, que o réu já foi devidamente penalizado pela sua conduta ao não comparecer à segunda perícia. Seu comportamento

processual constitui precioso elemento de prova gerando, ainda mais, a convicção da paternidade.

*A alegação de **exceptio plurium concubentium** e os anos passados do nascimento de uma criança até o ajuizamento de uma ação investigatória não podem, sob hipótese alguma, serem elementos caracterizadores de “litigância de má-fé.”*

Ademais, não há alegações difamatórias nos autos de uma ação de investigação de paternidade, pois o processo tramita em segredo de justiça, não se configurando a “difamação”, que é o ato de “tirar a boa fama ou o crédito” ou “desacreditar publicamente” alguém, conforme consta em verbete no Novo Dicionário Aurélio, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira.

Relativamente à condenação a alimentos estabelecida nestes autos, cumpre destacar que não houve pedido de alimentos, implícito ou explícito. Não cabe invocar, neste segundo grau, a aplicação por analogia do art. 7º da Lei nº 8.560/92.

Esta lei prevê, expressamente, que sempre que houver o reconhecimento da paternidade, a sentença de primeiro grau fixará os alimentos do reconhecido que dela necessite. Portanto, prevista em lei esta fixação alimentar, o citado, quando do recebimento da citação, de acordo com os §§ 4º e 5º do artigo 2º, já poderá se manifestar a respeito da pretensão fundamentada na Lei 8.560/92, expondo suas possibilidades. E não é o caso dos autos em exame, nos quais o demandado não foi citado para pagar alimentos, não apresentou qualquer prova de suas possibilidades, pois ausente qualquer previsibilidade nesse sentido.

Ademais, a lei mencionada destaca, expressamente, a necessidade do investigante, e tal necessidade em momento algum foi objeto de análise na presente ação investigatória, nada tendo sido abordado na sentença hostilizada.

Por certo não merece qualquer crítica a sentença de primeiro grau pelo fato de não ter estabelecido condenação em alimentos, pois não houve pedido de alimentos na inicial cumulados com a ação ordinária investigatória de paternidade, logo, a sentença não deveria dar o que não foi pedido. A exceção vem expressamente mencionada na Lei nº 8.560/92.

Assim, bem obrou a magistrada de primeiro grau em não condenar a alimentos.

Tivesse, porém, a sentença de primeiro grau definido a obrigação alimentária, o réu ainda teria, ao menos, oportunidade de questionar o quantum e até apontar a ocorrência de possível cerceamento de defesa...

*A fixação dos alimentos no caso em tela, ainda mais em segundo grau, sem qualquer pedido, explícito ou implícito, nem mesmo na fase de recurso, é uma construção jurisprudencial que, **data venia**, não atende às melhores regras da hermenêutica.*

VON IHERING considerou que seria desconsiderar a própria essência do Direito, incorrendo-se em grave equívoco, pretender-se que, em nome da lógica, se fizesse da jurisprudência a matemática do Direito. E KELSEN, com propriedade, aponta que as normas jurídicas são molduras, e que o intérprete é quem delimita o conteúdo das mesmas.

Não há que olvidar, porém, a lição de JUAREZ FREITAS quando assevera que “a interpretação sistemática quando compreendida em profundidade, é a que se realiza em consonância com a rede hierarquizada, máxime na Constituição, tecida por princípios, normas e valores considerados dinamicamente e em conjunto” (in “Interpretação Sistemática do Direito”, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 54). E, no encerramento de sua obra, o eminente jurista faz uma relação de dez regras de hermenêutica, entre as quais, cabe salientar as seguintes:

a) *“deve o intérprete jurídico, procurando a máxima isenção quanto às partes contrapostas, empenhar-se para que o labor exegético se faça harmônico com os princípios fundamentais do sistema, entre os quais o da legalidade: **interpretar é fundamentar;***

b) *“deve o intérprete jurídico reconhecer as premissas preexistentes na construção dos sistemas dos silogismos de sua exegese, purificando-as sob o prisma da racionalidade intersubjetiva, no intuito de alcançar uma escolha axiológica fundamentada, não arbitrária e livre na garantia da coexistência das demais liberdades: **interpretar é manejar o metacrítério da hierarquização axiológica;***

c) *“deve o intérprete jurídico, à base do sistema objetivo, lutar para a superação das antinomias de avaliação ou injustiças, sem se sobrepor autoritariamente ao Direito, pressuposta sua razoabilidade mínima no Estado Democrático: **bem interpretar é concretizar a máxima justiça possível.**”*

*Assim, tenho que não é possível desconsiderar a própria dinâmica do sistema processual, conhecendo da irresignação do réu com o **decisum**, para puni-lo, isto é, não só não acolhendo sua pretensão recursal, mas, de ofício, reformando a sentença para aumentar a pena pela litigância*

de má-fé e, pior, estabelecendo uma obrigação que não foi postulada na exordial, não foi cogitada na sentença e também não foi objeto de recurso.

*Data venia, a decisão preconizada pela Câmara se afigura **extra et ultra petita**.*

*Quanto à determinação de os autos voltarem ao primeiro grau para fixação do **quantum** dos alimentos, que ainda seriam passíveis de um recurso, penso que a medida não é adequada pois a jurisdição de primeiro grau já se exauriu.*

Ademais, consta dos autos às fls. 100, uma certidão que atesta a existência da ação ordinária de alimentos, processo tombado sob nº 23.710, entre as mesmas partes, ocupando os mesmos pólos processuais, em que já foram fixados alimentos provisórios a favor da autora, e o feito já em andamento conforme a referida certidão.

*Assim, o voto da eminente Desembargadora-Relatora se constitui, ainda, em **bis in idem**, o que ocasionará situação de perplexidade, causando irreparáveis prejuízos ao réu, em face do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, como também à própria parte autora, que estará diante de dois títulos judiciais regulamentando o mesmo direito...*

ISTO POSTO, com renovado pedido de vênia, estou dando parcial provimento ao recurso de apelação do réu para afastar a averbação da litigância de má-fé e peço vênia, também, para dissentir da condenação em alimentos preconizada no douto voto da eminente Relatora. (fls. 156/163).

Acolho os embargos.

O DES. JOSÉ S. TRINDADE – Sr. Presidente, embora os respeitáveis posicionamentos já exteriorizados nesta Corte, entendo que os alimentos não podem ser fixados de ofício, ausentes prova de pedido e necessidade.

Diante disso, acolho os embargos.

O DR. ALZIR FELIPPE SCHMITZ – Sr. Presidente, acompanho o Relator e acrescento aos seus argumentos os subsídios do ilustre prolator do voto vencido, Des. Chaves.

O DES. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS - Sr. Presidente, desacolho os embargos na linha do voto pronunciado, subscrevendo o que disse a Des^a. Maria Berenice.

Acrescento que a fixação de ofício, além de ser presumida, também encontra respaldo nos autos, porque, já na peça inicial, a própria mãe da investigante declara que é comerciária e que não tem condições de sustentar a ação na busca da assistência judiciária.

Esse fato concreto existente nos autos permitia perfeitamente a fixação dos alimentos.

O SR. PRESIDENTE (DES. TAEI JOÃO SELISTRE)- Embargos Infringentes nº 599310430, de Viamão – “Acolheram, por maioria, os embargos infringentes, vencidos a Des^a Maria Berenice e o Des. Giorgis.”

SCR