

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA SEGUNDA
VICE-PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DA BAHIA.**

**RECURSO ESPECIAL NA APELAÇÃO Nº 0004004-18.2003.8.05.0113 E
NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 0004004-
18.2003.8.05.0113/50000**

ORIGEM: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

RECORRIDO: JULIANA DA COSTA PINTO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, por intermédio da Procuradora-Geral de Justiça Adjunta e do Procurador de Justiça com atuação delegada, ambos *in fine* assinados, inconformado com os vs. acórdãos proferidos nos autos em epígrafe às fls. 237/239 e 259/262-verso, respeitosa e tempestivamente, em face de tais decisões, vem interpor **RECURSO ESPECIAL**, de acordo com o permissivo do art. 105, III, "a", da Constituição Federal, e 26 da Lei nº 8.038/90.

Assim, requer que, recebida e processada a presente manifestação recursal, inclusive com a intimação do Recorrido para, querendo, apresentar razões de contrariedade, seja admitida e obtenha seguimento ao **Superior Tribunal de Justiça**, onde espera o seu provimento.

Requer, de logo, que a intimação pessoal dos signatários seja efetuada mediante a remessa dos autos, com vista, ao NARJCível/COER – Coordenadoria Especializada em Recursos, situado na 5ª Avenida do CAB, nº 750, prédio do Ministério Público do Estado da Bahia, 2º andar, sala 213, CEP 41.745-004, Salvador-BA.

Salvador, 18 de agosto de 2014.

AURISVALDO MELO SAMPAIO

Procurador de Justiça

(Ato de Delegação nº 666/2014, publicado no DJe de 05/05/2014)

SARA MANDRA MORAES RUSCIOLELLI SOUZA

Procuradora-Geral de Justiça Adjunta

AUGUSTO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
COLETA TURMA JULGADORA
EMINENTE SENHOR MINISTRO RELATOR

RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL

1. DO RELATO

Originalmente, tem-se ação de investigação de paternidade proposta por Juliana da Costa Pinto em face de Sérgio Ricciardi (fls. 02/03).

O investigado, que reside em Paty do Alferes – RJ, foi citado por carta precatória, apresentando contestação às fls. 16/29, onde afirma não acreditar ser o pai da autora, embora se dispondo à realização do exame de DNA, desde que gratuitamente.

Diante disso, Juliana da Costa Pinto se propôs a custear o exame, sendo marcada audiência para coleta de material genético, que seria realizada em Itabuna (fls. 84/85).

Cientificado da audiência, Sergio Ricciardi peticionou informando não poder custear o seu deslocamento e hospedagem no interior da Bahia, requerendo fosse a coleta do material genético feita em Paty dos Alferes, justificando, assim, a sua ausência à audiência referida no parágrafo anterior (fls. 121/123).

A instrução foi finalizada à fl. 140, sem oitiva de testemunhas ou depoimento pessoal. O feito foi sentenciado às fls. 149/150, onde se julgou improcedente a ação, "considerando que a investigante não cumpriu o ônus de comprovar que o investigado é seu pai".

Juliana da Costa Pinto interpôs recurso de apelação, requerendo fosse presumida a alegada paternidade, na forma do art. 232, CC, já que Sérgio Ricciardi não compareceu à audiência designada para a coleta de material genético (fls. 151/155).

Em contrarrazões, Sergio Ricciardi mais uma vez se prontificou à realização do exame pericial, requerendo fosse a coleta do material realizada na comarca de sua residência (fls. 188/190).

A despeito disso, deu-se provimento ao recurso de apelação para declarar a paternidade por presunção, diante de pretensa recusa de realização do exame de DNA (fls. 237/239). Olvidou-se, no entanto, a c. Câmara, de se manifestar sobre as petições de fls. 121/123 e 188/189,

essenciais para a correta aplicação do art. 232 do Código Civil, ao qual o acórdão sequer fez menção expressa. Estas lacunas foram objeto de aclaratórios, opostos às fls. 243/255, os quais foram improvidos, nos moldes do acórdão de fls. 259/262.

Diante disso, vem o Ministério Público do Estado da Bahia interpor o presente RECURSO ESPECIAL, com base no artigo 105, III, "a", da Constituição Federal.

2. DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

2.1. DA TEMPESTIVIDADE

O presente Recurso Especial é tempestivo, porquanto os autos ingressaram na Instituição Ministerial, através de carga, no dia **18 de julho de 2014**, conforme carimbo de recebimento de fl. 264 dos autos.

No que concerne aos prazos para o Ministério Público recorrer, mostram-se límpidos os dispositivos da legislação pertinente. Os prazos se contam em dobro e a intimação do órgão ministerial só é efetivada caso realizada pessoalmente, mediante a entrega dos autos com vista, quando começará a correr o prazo para recurso. É o que deflui dos arts. 188, 236, § 2º, e 240, todos do CPC, c/c o art. 41, IV, da Lei nº 8.625/93.

Aliás, é pacífico o entendimento da jurisprudência, no sentido de que os prazos para o Ministério Público iniciam-se apenas a partir da

entrega dos autos na Instituição. Observe-se, a respeito, um aresto do **Superior Tribunal de Justiça:**

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTEMPESTIVIDADE.

1. O Ministério Público e a Defensoria Pública possuem a prerrogativa de intimação pessoal das decisões em qualquer processo ou grau de jurisdição, sendo que o prazo de recurso deve ser contado a partir do recebimento dos autos com vista.

2. A partir do julgamento do HC 83.255-5/SP, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ficou consolidado o entendimento de que a contagem dos prazos para a interposição de recursos pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública começa a fluir da data do recebimento dos autos com vista no respectivo órgão, e não da ciência de seu membro no processo.

3. Recurso especial não provido.1

Dessarte, fica evidente a tempestividade do Recurso Especial ora interposto, pois, sendo o prazo de 15 dias, a teor do art. 508 do Estatuto Processual Civil, dobrando-se para 30 em virtude da prerrogativa ministerial, o termo *ad quem* é a data de **19 de agosto de 2014**.

2.2. DO CABIMENTO

Note-se que o Recorrente insurge-se contra o acórdão de fls. 237/239, proferido em sede de Apelação, que contrariou o art. 232 do Código Civil. Ocorre que essa decisão foi omissa na apreciação das manifestações processuais de fls. 121/123 e 188/189, bem como na explicitação do artigo de Lei Federal aplicado – art. 232 do CC – e, por conseguinte, alvo de aclaratórios, desacolhidos às fls. 259/262, momento em que restou violado o

¹ REsp 1278239/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 29/10/2012. Sem negritos no original.

dispositivo 535, II, do Código de Processo Civil.

Assim, resta clara a recorribilidade das decisões proferidas nos julgamentos da Apelação nº 0004004-18.2003.8.05.0113 e dos Embargos de Declaração nº 0004004-18.2003.8.05.0113/50000. Tem-se que as decisões impugnadas representam provimentos finais oriundos do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

As hipóteses de cabimento do recurso especial encontram-se discriminadas no artigo 105, III, da Constituição Federal, que trata das competências do Superior Tribunal de Justiça, cumprindo destacar:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

A contrariedade que permite a interposição de Recurso Especial pode ser assim conceituada:

Toda e qualquer forma de ofensa ao texto legal, quer deixando de aplicá-lo às hipóteses que a ele devem subsumir-se, quer aplicando-o de forma errônea ou, ainda, interpretando-a de modo não adequado e diferente da interpretação correta, no sentido do órgão responsável pelo controle ao respeito e pela uniformização do direito federal.²

² PINTO, Nelson Luiz *apud* DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Procesual Civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. Volume 3. Salvador: Editora Podivm, 2010. p. 306

Foi justamente o que ocorreu no acórdão guerreado. Como se demonstrará a seguir, a c. Câmara violou o disposto no artigo 535, II, do Código de Processo Civil, na medida em que não supriu a omissão na análise de peças processuais essenciais para o julgamento da questão e na menção do dispositivo legal aplicado ao caso (fls. 259/262). Além disso, permaneceu o equívoco do acórdão da Apelação, que julgou em contrariedade ao art. 232 do Código Civil.

Aliás, o processualista baiano Fredie Didier Jr. vai além, ao tratar do cabimento do recurso especial. Entende o autor que, mesmo diante de uma interpretação razoável dada por um tribunal, cabível será o recurso especial, tendo em vista ser o Superior Tribunal de Justiça o intérprete das leis federais. Neste sentido, *verbo ad verbum*:

Não se deve, portanto, deixar de admitir um recurso especial, por ser 'razoável' a interpretação dada pelo tribunal local; válida, apenas, a interpretação dada pelo STJ, que constitui o intérprete autêntico da legislação infraconstitucional.³

Pode-se observar, por fim, que o presente Recurso Especial trata de matéria unicamente de direito, qual seja, a correta interpretação dos supracitados dispositivos de Leis Federais – art. 535, II, do CPC, e 232 do CC – , urgindo a necessidade de manutenção da higidez da interpretação do Tribunal da Cidadania às ventiladas normas, evitando-se decisões dissonantes.

2.3. DO PREQUESTIONAMENTO

³ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. Volume 3. Salvador: Editora Podivm, 2010.p. 307

Complementando a análise do preenchimento dos requisitos de admissibilidade do presente Recurso, discorrer-se-á sobre o prequestionamento da matéria.

No caso em apreço, insurge-se o Ministério Público do Estado da Bahia contra o acórdão da Apelação (fls. 237/239) e contra o acórdão dos Embargos de Declaração (fls. 259/262), proferidos pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Sobre presunção de paternidade em decorrência da suposta negativa de realização do exame de DNA – art. 232, CC –, questão central da apelação, o tema foi exaustivamente debatido no *decisum* que concluiu, *data venia*, equivocadamente, pela aplicação da presunção na hipótese. É o que se depreende da própria ementa do julgado e também da sua fundamentação, abaixo transcritas:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – DNA – COLETA DE MATERIAL – NÃO COMPARECIMENTO DO RÉU – RECUSA – APELO PROVIDO. **O não-comparecimento do Réu à audiência para coleta de material para exame de DNA equivale à recusa**, aplicando-se-lhe a Súmula 301, do STJ. Sentença reformada. Apelo provido.(fl. 237, sem negritos no original)

Durante a audiência de instrução, a parte Autora concordou em custear o exame de DNA, tendo o Juiz *a quo* assim decidido: “... deixo de realizar a presente audiência para determinar a realização do exame pericial pelo método de DNA. (...)” (fls. 84/85)

De tal decisão, o Réu ficou ciente fls. 104 e 119, não tendo se insurgido adequada e oportunamente, restando preclusa a discussão a respeito.

Significa dizer que, a ausência do Réu à audiência em que seria coletado material equivale à negativa de submissão ao exame,

acarretando, via de consequência, a aplicação do disposto na Súmula 301, do STJ, *verbis*:

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

Assim, cabia ao Réu a produção de prova em contrário, para afastar a presunção de paternidade. Quedando-se inerte, a procedência do pedido era impositiva. (fls. 238/239)

Note-se que, de acordo com o melhor entendimento acerca do tema, o prequestionado se perfaz quando o acórdão debate explicitamente o tema versado no artigo recorrido, sendo dispensável a sua menção numérica. Transcreve-se:

PREQUESTIONAMENTO - OCORRÊNCIA - CAUSA DECIDIDA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO - SELIC - JUROS DE MORA - APLICAÇÃO - DÉBITOS FISCAIS - ART. 557 DO CPC.

1. A exigência do prequestionamento reside na cláusula "causas decididas" (CF, art. 105, III). **Diz-se prequestionado o dispositivo de Lei Federal objeto de decisão no acórdão recorrido. É preciso decisão sobre a essência artigo. A menção numérica é dispensável.**

2. Na jurisprudência do STJ, é pacífica a aplicação da SELIC, como juros de mora, aos débitos fiscais. Nesses casos, o art. 557 do CPC autoriza a decisão, unipessoal, do Relator.

3. Regimental improvido.⁴

Nesses termos, prequestionado está o art. 232, CC.

Todavia, é certo que o acórdão proferido em sede de apelação não fez menção expressa ao art. 232, CC, assim como não observou as manifestações processuais de fls. 121/123 e 188/189, essenciais para que se perceba não ter havido recusa à realização do exame de DNA, embora essa

⁴ AgRg nos EDcl no REsp 455.861/PR, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2003, DJ 15/12/2003, p. 192. sem negritos no original.

matéria tenha sido objeto do parecer ministerial de segundo grau (fls. 208/212) e, posteriormente, objeto de embargos de declaração (fls. 246/255).

Ante a perpetuação das omissões pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, insurge-se o Ministério Público contra a decisão de fls. 259/262 que, rejeitando os Embargos de Declaração, entendeu inexistir no acórdão quaisquer dos vícios previstos no artigo 535 do Código de Processo Civil.

O prequestionamento necessário à admissão do Recurso Especial em relação ao art. 535, II, CPC, encontra-se atendido, salientando-se que, por se tratar de embargos de declaração, a petição recursal suscita, por si só, a manifestação do Tribunal *a quo* acerca do dispositivo, configurando sua decisão – no caso, com entendimento de inexistência da omissão – o próprio prequestionamento do tema.

3. DO MÉRITO

3.1. DA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

De sabença comezinha que os Embargos de Declaração prestam-se à correção de *errores in procedendo*, mais especificamente, um dos vícios de atividade expressamente previstos no art. 535 do Estatuto Processual Civil. Não fitam os Embargos, de maneira imediata, propor uma crítica ampla ao julgado, mas corrigir um erro que prejudica o completo

entendimento da decisão, comprometendo de forma mediata a justeza do julgamento.

Nesse toar, a fundamentação do acórdão proferido em sede de Apelação não cuidou de pontos imprescindíveis à análise da questão posta em juízo, tanto no que se refere à explicitação da norma legal aplicada – art. 232, CC –, quanto à apreciação de dados constantes nas manifestações processuais de fls. 121/123 e 188/189, essenciais para reconhecer-se a inexistência de recusa à realização do exame pericial e, conseqüentemente, para aplicar corretamente o aludido dispositivo legal.

Tendo em vista as omissões do acórdão, o Ministério Público opôs Embargos de Declaração, os quais não foram acolhidos, sob o argumento de que “não padece de omissão a decisão (...)” (fl. 259).

Data venia, equivocou-se a c. Câmara, julgando em desconformidade com o art. 535, II, CPC, que dispõe:

Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

(...)

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Para confirmar a existência de vício ensejador de aclaratórios, cumpre analisar o que se entende por omissão. Nas palavras do jurista Antônio Carlos Araújo Cintra, “o julgado padece de omissão quando o juiz deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas pelas

partes ou examináveis de ofício”.⁵

Sobre a omissão que enseja aclaratórios, ausculte-se, ainda, os ensinamentos de Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim:

A omissão é o defeito mais relevante entre aqueles que ensejam embargos de declaração. Uma decisão é omissa quando **questões de fato e de direito**, relevantes para o julgamento e suscitadas pelas partes ou examináveis de ofício, não tenham sido apreciadas pelo Magistrado.⁶

Nesse sentido, a análise das manifestações processuais veiculadas nos Embargos de Declaração é imperiosa, diante da sua relevância para o deslinde da causa, como se demonstrará no próximo tópico.

Pontue-se que a matéria fático-processual que se quer ver discutida é basilar para a incidência do dispositivo de lei erroneamente aplicado no acórdão recorrido – art. 232, CC – que possibilita a aplicação da presunção de paternidade. Não se trata de questão periférica, irrelevante, mas, ao contrário, de ponto central para determinar se houve ou não recusa à submissão ao exame pericial que justifique a declaração de paternidade ficta.

Cumprido destacar, por cautela, que a necessidade de se ver o conteúdo das manifestações processuais assentado no acórdão recorrido não decorre da intenção de provocar junto ao Tribunal da Cidadania a reapreciação de matéria fático-processual. O que se espera é que a Câmara tão somente

⁵ CINTRA, Antônio Carlos Araújo, apud ASSIS, Araken de. Manual de Recursos. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 600.

⁶ ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de e ALVIM, Eduardo Arruda. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 889. Sem negritos no original.

leve em consideração o conteúdo das aludidas manifestações, para que, não lhe sendo destinado o devido valor, possa ser devidamente revalorado pelo STJ, a fim de que se proceda, no caso, à correta aplicação do art. 232, CC.

É que o Superior Tribunal de Justiça, corretamente, embora não admita a reapreciação de fatos através de recurso especial, admite a sua reavaliação, isto para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional.

Nesse sentido, havendo fatos explicitamente reconhecidos pelo Colegiado Ordinário, nada obsta que o STJ lhes atribua o adequado valor jurídico. A título ilustrativo, transcreve-se ementa de recente acórdão do Tribunal da Cidadania acerca do tema:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - EMBARGOS À EXECUÇÃO E AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO BANCÁRIO - DÉBITOS INDEVIDOS - RESSARCIMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA PROVIDO O RECLAMO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, PARA DECLARAR SUBSISTENTE O TÍTULO EXECUTIVO PELO VALOR REMANESCENTE DA DÍVIDA. INSURGÊNCIA DA EMBARGANTE.

1. A redefinição do enquadramento jurídico dos fatos expressamente mencionados no acórdão hostilizado constitui mera reavaliação da prova. Deliberação unipessoal em conformidade ao entendimento cristalizado na súmula n. 7 do STJ.

2. Em sendo os embargos à execução julgados parcialmente procedentes para reduzir o valor devido, mas com a subsistência da execução pela dívida reduzida, adequada se mostra a fixação de verba honorária única em favor do credor, que deve incidir sobre o valor remanescente da execução. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.⁷

⁷ AgRg no AREsp 6.184/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 30/05/2012. Sem negritos no original.

Válido, ainda, transcrever excerto do voto do Relator do citado precedente:

Com efeito, em razão do referido enunciado sumular desta Corte Superior, mostra-se inviável, no âmbito do recurso especial, reexaminar os fatos e provas dos autos, ou seja, promover uma reincursão no acervo fático probatório mediante a análise detalhada de documentos, testemunhos, contratos, perícias, dentre outros.

Assim, no apelo extremo não se pode examinar mera *quaestio facti* ou *error facti in iudicando*. Todavia, o *error in iudicando* (inclusive, o proveniente de equívoco na valoração das provas) e o *error in procedendo* podem ser objeto do recurso especial. Na hipótese, promoveu-se a reavaliação da prova e dos dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido, o que não implica no vedado reexame do material de conhecimento.

A reavaliação da prova constitui em atribuir o devido valor jurídico a fato incontroverso sobejamente reconhecido nas instâncias ordinárias, prática francamente aceita em sede de recurso especial, como bem observou o Ministro Felix Fischer: "A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento" (REsp 683702/RS, QUINTA TURMA, julgado em 01.03.2005). No mesmo sentido, dentre outros: REsp 856.706/AC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 28/06/2010 e REsp 1104096/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 16/11/2009.

De mais a mais, a supressão da omissão referente à menção expressa ao art. 232, CC, tem o escopo de, nos termos da Súmula nº 211⁸ do STJ, elidir preclusão da oportunidade de deixar realmente **prequestionada** a matéria legal. O não acolhimento dos aclaratórios pode inviabilizar o acesso do

⁸ Súmula 211, STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.

Ministério Público à via recursal excepcional e, dessa forma, negar-lhe a plenitude da jurisdição e a ampla defesa.

Com efeito, embora dissonante do entendimento majoritário dessa Corte – pois, como já se disse, válido o prequestionamento implícito do art. 232, CC –, há posicionamentos que exigem o prequestionamento explícito para que seja aberta a instância especial.

Demonstrada, portanto, a violação ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil, e a possibilidade de se tornar inviável o acesso à via recursal excepcional para análise do art. 232, CC, à luz do quanto consignado nas manifestações processuais de fls. 121/123 e 188/189, manifesta é a necessidade de anulação do acórdão proferido em sede dos Embargos de Declaração, para que seja prolatada nova decisão colegiada pelo Tribunal baiano.

3.2. DA INEXISTÊNCIA DE RECUSA À REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA E DA VIOLAÇÃO AO ART. 232 DO CÓDIGO CIVIL

O art. 232 do Código Civil permite que, diante da recusa da parte em se submeter à perícia médica ordenada pelo juiz, presuma-se produzida a prova que se pretendia obter com o exame. Transcreve-se: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

De fato, não é razoável permitir que aquele que impede seja a verdade comprovada nos autos se beneficie dessa atitude, razão pela qual o dispositivo legal estabelece que a recusa, por si só, provoca o efeito temido pela parte. Aliás, o raciocínio do legislador é simples: se a parte não quer se

submeter ao exame pericial, é porque teme que o resultado testifique contrariamente aos seus interesses.

A reiterada aplicação do referido dispositivo legal nos processos relativos à investigação de paternidade deu ensejo à edição da Súmula STJ nº 301, que estabelece: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade".

Na linha da reportada Súmula, tem-se entendido que, mesmo inexistindo recusa explícita, a mera ausência injustificada do investigado no local e hora designados para a coleta de material genético necessário ao exame de DNA é suficiente para a aplicação da presunção de paternidade.

Todavia, salta aos olhos que tal medida há de ser aplicada de forma criteriosa. Com efeito, para que haja a presunção que decorre do art. 232 do CC, ratificada pela Súmula STJ nº 301, é imprescindível que se verifique a intenção deliberada do investigado de obstar a produção da prova, ou seja, que inexistam justificativas para a ausência ao ato previamente designado.

No sentido ora propugnado, é firme a jurisprudência do Tribunal da Cidadania, conforme julgado abaixo transcrito:

Na hipótese sob julgamento, embora não tenha havido recusa expressa, **o recorrente deixou de comparecer, injustificadamente, por mais de uma vez, ao laboratório** designado pelo juiz para coletar material genético, tendo, com isso, impedido a realização do exame pericial. Observe-se trecho do acórdão recorrido que esclarece este ponto controvertido:

"O Apelado, como se vê nos autos, concordou expressamente com a realização do exame de DNA. NO entanto, furtou-se a comparecer à coleta de materiais, por nada mais nada menos que três vezes. **Claro que não haveria como responsabilizar o Apelado, se em todas as três vezes houvesse justificativa suficiente para o não comparecimento à coleta do material.** Acontece que, analisando as justificativas e os documentos que as acompanharam, é fácil concluir que o Apelado está usando de má-fé processual para tentar esquivar-se à realização da perícia técnica. (...) À análise de todos os argumentos acima elencados, a intenção do Apelado se apresenta por demais evidente: frustrar a realização do exame de DNA" (fls. 194 e 196)⁹

Obviamente, não é esta a hipótese dos autos.

Perceba-se que, apesar de haver faltado à audiência destinada à coleta de material para realização da perícia – exame de DNA –, Sérgio Ricciardi, às fls. 121/123 e 188/189, antecipadamente, pronunciou-se para justificar que, diante de sua hipossuficiência financeira e avançada idade, não poderia comparecer ao interior da Bahia. Requereu, no entanto, fosse o seu material genético colhido em Paty dos Alferes, Comarca onde reside.

Destaque-se que tais alegações mostram-se verossímeis, uma vez que o investigado, hoje com quase oitenta e quatro anos de idade (docs. de fl. 191), é beneficiário da gratuidade da justiça e assistido da Defensoria Pública.

Ora, diante desse contexto, revela-se impossível aplicar a presunção de paternidade. Repita-se: não houve recusa da realização do exame pericial, mas, sim, justificativa plausível para o não comparecimento

⁹ REsp 692.242/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/06/2005, DJ 12/09/2005, p. 327. Sem negritos e sublinha no original.

em audiência realizada na Comarca de Itabuna, com expressa manifestação de vontade no sentido de submeter-se à coleta do material no Estado do Rio de Janeiro. Nesses moldes, aliás, manifestou-se a Procuradoria de Justiça às fls. 208/212:

É de se salientar, também, a manifestação de vontade de réu-apelado, que não se opõe à realização do multicitado exame (fl. 188) e requer, inclusive, a colheita do material genético em clínica do estado do Rio de Janeiro, em virtude do seu debilitado estado de saúde.

Destaque-se, por oportuno, não poder prevalecer o argumento de que a ausência de insurgência recursal contra o ato que determinou a coleta do material genético necessário à realização da perícia equipara-se à recusa da realização do exame de DNA.

Note-se que a marcação do exame em audiência não tem conteúdo decisório, não sendo passível de recurso. Ademais, como já dito, assim que foi cientificado da data e local de realização do exame por meio de carta precatória (fls. 95 e 104), o investigado peticionou justificando a impossibilidade de comparecimento, justificativa que foi implicitamente aceita no momento em que a sentença afastou a presunção de paternidade.

A violação do art. 232, CC, portanto, deu-se a partir da prolação do acórdão da apelação, momento em que o *Parquet* passou a atuar no resguardo da ordem jurídica, contra a aplicação incorreta da presunção de paternidade.

Demonstra-se, assim, que a hipótese de incidência da Súmula nº 301 do STJ está afastada ante a inexistência de recusa à submissão ao

exame de DNA e que a aplicação da presunção de paternidade ocorreu em flagrante violação ao art. 232, CC.

4. DOS PEDIDOS

Ex positis, requer o Recorrente:

1. o conhecimento deste Recurso Especial, por encontrarem-se presentes os seus pressupostos de admissibilidade;

2. o provimento deste Recurso Especial para, sucessivamente:

a) **anular** a decisão proferida em sede de embargos de declaração, determinando que outra seja proferida em seu lugar, com a integração, pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, do acórdão da apelação, suprimindo-se as omissões apontadas, a fim de analisar expressamente as manifestações processuais de fls. 121/123 e 188/189, em cotejo com o art. 232 do Código Civil, referindo-se explicitamente a este dispositivo; ou,

b) acaso essa Augusta Corte considere que não houve omissão no acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, ou que esta não é relevante para o deslinde da causa, reconhecer a violação do art. 232 do CC, **reformando** a decisão ora recorrida para improver o recurso de apelação, mantendo incólume a decisão de primeiro grau.

Salvador, 18 de agosto de 2014.

AURISVALDO MELO SAMPAIO

Procurador de Justiça

(Ato de Delegação nº 666/2014, publicado no DJe de 05/05/2014)

SARA MANDRA MORAES RUSCIOLELLI SOUZA

Procuradora-Geral de Justiça Adjunta

\MQD