Raquel Pellenz Heil
MPL 5073
Divisão T.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROMOTORIA DE JUSTIÇA - COMARCA DA CAPITAL

T.J.S.C. 02

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

"*Justiça tardia não é justiça, e sim, injustiça disfarçada*" (Rui Barbosa).

"Justiça tardia não é justiça, mas injustiça qualificada"

COLENDA CÂMARA

EMINENTE DESEMBARGADOR RELATOR

DOUTO PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, no uso de suas atribuições legais e constitucionais, vem perante Vossas Excelências, na forma do art. 243 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, interpor a presente **RECLAMAÇÃO**, de decisão proferida pelo Exmo. Dr. Fernando Luiz Soares de Carvalho nos autos da ação de Investigação de Paternidade Combinada com Alimentos (n.

2004.017733-0

T.J.S.C. 03

023.02.041281-1), que move Tiago Silva, brasileiro, solteiro, agente geral, portador do RG n. 3.845.839-0, contra Jorge Mussi, brasileiro, solteiro, desembargador, ante os fatos e fundamento que seguem:

LEGITIMIDADE ATIVA

O Ministério Público, mesmo na condição de fiscal da lei, detém legitimidade para recorrer das decisões prolatadas nestes feitos, sendo-lhe deferida ampla legitimidade recursal, consoante reiterada jurisprudência e doutrina, inclusive com entendimento sumulado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça através de seu verbete 99, *verbis*:

"*O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte*".

Soma-se que o § 2º do art. 499 do Código de Processo Civil estabelece expressamente que: "*O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naquele em que oficiou como fiscal da lei*".

CABIMENTO

Prescreve o art. 243, *caput* e parágrafos, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça:

"*Caberá reclamação de decisão que contenha erro ou abuso, que importe na inversão da ordem legal do processo, quando para o caso não haja recurso específico.*

T.J.S.C. 04

§ 1.º - Distribuída a petição, o relator a indeferirá in limine, se não for caso de reclamação, ou se vier desacompanhada da prova do ato impugnado.

§ 2º - Poderá o relator ordenar a suspensão do despacho que deu motivo à reclamação, quando relevante o fundamento desta, e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida.

§ 3º - Se a petição for deferida, o relator, ouvido o reclamado e, se for o caso, o procurador-geral de justiça, no prazo de dez dias para cada um, apresentará os autos em mesa para julgamento, na sessão seguinte.".

Conforme dita o artigo transcrito, para que seja cabível a Reclamação, a ação deve ter por causa de pedir três elementos: 1) o erro ou abuso na decisão, 2) a inversão da ordem legal do processo e 3) inexistência de recurso específico.

Colhe-se da doutrina acerca da Reclamação:

"A decisão que contém abuso é aquela onde há mau uso das prerrogativas do magistrado, há desmando por parte do órgão jurisdicional que a proferiu. Por outro lado, o erro ocorre quando houver engano, um desacerto. Por exemplo: a distribuição por sorteio de um processo em que haja prevenção, ou seja, que já contenha relator certo.

[...]

Portanto, a jurisprudência catarinense afirmou entendimento que tal 'recurso' **só é cabível nas hipóteses de incidência de erro ou abuso, apenas quando não houver previsão de qualquer outro meio capaz de impugnar o ato viciado. Caso contrário, a** reclamação **não será conhecida.**

Exemplo clássico de cabimento de reclamação **para o STJ é a hipótese em que o Vice-Presidente do**

T.J.S.C. 05

TJSC nega seguimento ao agravo de instrumento interposto contra a decisão que negar seguimento a recurso **especial (CPC, art. 544). Destarte, a fim de preservar a competência exclusiva do Superior Tribunal de Justiça para apreciar o agravo, cabe** reclamação **neste caso.**". (OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O novo Sistema Recursal Cível Brasileiro. Florianópolis: Habitus. 2001. pp. 148-149).

DA DECISÃO VERGASTADA:

A decisão impugnada pelo presente é do seguinte teor (fl. 194 dos autos n. 023.02.041281-1- anexa):

"Assim, defiro a produção de provas testemunhal, depoimentos pessoais, documental e pericial, esta última através do exame de DNA que, somente com a espontânea concordância das partes poderá ser realizada, devendo para tanto o requerido manifestar sua concordância ou não até a realização da audiência de instrução, uma vez já ter o requerente anuído em a ela se submeter.

Havendo testemunha arrolada tempestivamente a ser ouvida por carta rogatória (fls. 128), conforme dispõe o art. 265, IV, "a" c/c o art. 338, *in fini*, suspendo o curso do processo pelo prazo de um ano desta data, dentro do qual a parte que requereu deverá providenciar sua expedição e cumprimento (arts. 207/210 do CPC)." (grifo nosso)

Busca-se a sua revisão nos pontos destacados, quais sejam: 1) antecipação da inquirição de testemunha e a suspensão do processo em arrepio aos ditames legais norteadores do processo moderno; 2) designação do reclamado para atuar no juízo da 2º Vara da Família pelo

T.J.S.C. 06

próprio requerido (Des. Jorge Mussi – Presidente do TJSC), onde tramita a ação em apreço; os quais serão abordados separadamente na forma que segue:

1) ANTECIPAÇÃO DA INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA E A SUSPENSÃO DO PROCESSO:

A antecipação da inquirição de testemunha só é possível nas situações elencadas no artigo 847 do Codex Instrumental Civil, ***sendo que o interessado deverá justificar sumariamente a necessidade de tal antecipação***, mencionando, inclusive, ***com precisão os fatos sobre que há de recair a prova*** (grifei), conforme determina o artigo 848 do mesmo estatuto.

O requerimento do requerido de antecipação da inquirição da testemunha, residente nos Estados Unidos da América (rogatória), juntado às fls. 128, em momento algum, justificou a razão da necessidade de tal antecipação, demonstrando, com clareza absoluta, tratar-se de expediente de cunho nitidamente procrastinatório, tanto que o juiz (Dr.º Clóvis Marcelino dos Santos), em decisão de fls. 152, o indeferiu, no momento, para ser ouvida oportunamente, após a perícia.

Estranhamento, após tal decisão, o requerido, renova o pedido, em forma de reconsideração, tendo o reclamado (Dr.º Fernando Luiz Soares de Carvalho), no mês seguinte, em retorno de férias, contrariando o ordenamento jurídico, deferido o pleito e suspendendo o feito pelo prazo de um ano.

Pergunta-se o seguinte: Para esta decisão pesou a condição funcional do agente passivo da relação processual – *Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina*?

J.S.C. 07

Em ações idênticas, o procedimento adotado, inclusive pelo reclamado, era, preferencialmente, como manda a lei, a produção da prova técnica (perícia), para após a designação de audiência de instrução e julgamento, sendo que, em muitos casos, face o resultado do exame, era dispensado tal ato processual.

Outro questionamento, admitindo a antecipação da inquirição da testemunha, pergunta-se : Há necessidade da suspensão do processo?

Claro que não, porque o depoimento da testemunha não é prejudicial a produção de prova pericial, esta, inclusive, de caráter absoluto.

Ademais, a jurisprudência moderna, inclusive desta Corte de Justiça, tem admitido que nas ações de investigação de paternidade, diante do resultado do exame de DNA, face a sua precisão e credibilidade, *da possibilidade do julgamento antecipado da lide*, sem a feitura da audiência instrutória, esta totalmente dispensável, de valor discutível e impreciso, portanto, sem condições de ameaçar aquela prova (técnica) e de alterar o julgamento da ação.

Neste sentido:

"Investigação de paternidade. Exame do DNA. Valoração. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência." (Apelação cível n.º 98.000281-8, de Videira, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Ainda:

"AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. AGRAVO RETIDO. PROVAS TESTEMUNHAIS INDEFERIDAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL DO MAGISTRADO NA VALORAÇÃO DA PROVA. PROVA TESTEMUNHAL DESNECESSÁRIA DIANTE DO RESULTADO DA PROVA TÉCNICA.

T.J.S.C. 08

De acordo com o princípio da persuasão racional esposado pelo art. 131 do Código de Processo Civil, o Magistrado apreciará livremente as provas produzidas, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, obrigando-se, todavia, a expor claramente as razões de seu convencimento.

EXAME PERICIAL DE DNA. NEGATIVA DE PATERNIDADE. IMPUGNAÇÃO EXTEMPORÂNEA EM SEDE RECURSAL. PRECLUSÃO. DORMENTIBUS NON SUCURRIT JUS. INTELIGÊNCIA DO ART. 183 DO CÓDEX INSTRUMENTAL CIVIL.

Opera-se a preclusão, quando a parte, instada a praticar determinado ato, deixa de realizá-lo no momento oportuno.

EXAME DE DNA. EXCLUSÃO DA PATERNIDADE. Constitui-se o exame genético de DNA, prova técnica que se reveste de segurança e confiabilidade, possuindo até 99,9% (noventa e nove vírgula nove por cento) de acerto quanto ao resultado da paternidade alegada, mostrando-se adequada a embasar o pleito investigatório, sem a necessidade da produção de outros meios de prova. RECURSO DESPROVIDO."

Do corpo do V. acórdão extraem-se os seguintes lances do voto do eminente relator, *verbis*:

"**A irresignação do agravante reporta-se ao despacho do Togado a quo, que declarou inócua a produção das provas testemunhais, pois entendeu que o exame pericial de DNA, já realizado, era suficiente a embasar seu convencimento.**

T.J.S.C. 09

Outrossim, sustentou a ocorrência de cerceamento de defesa, eis que os depoimentos de seus testigos, que restaram indeferidos, poderiam, somados ao exame de DNA, corroborar com o acervo probatório.

Em que pese a insurgência do agravante, esta imerece acolhida.

Dispõe o art. 130 do Código de Processo Civil, que "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias."

Assim, o Juiz, convencendo-se de que as provas já produzidas mostram-se satisfatórias para a conclusão do processo, poderá indeferir as demais; entretanto, deverá "indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento." (art.131, do CPC).

Sobre a valoração da provas, colhe-se a ensinança de Pontes de Miranda:

"Na apreciação da prova, que é livre, pode o julgador chegar a conseqüências que não foram tiradas pelas partes.

(...)

Por outro lado, o juiz somente pode dispensar ou deixar de levar em conta alguma prova quando já tenha chegado a alguma convicção acerca do fato, que se quis provar. Esse ponto é assaz relevante na interpretação do art.407, parágrafo único. Aí o arbítrio puro do juiz para a dispensa: pode dar-se que das restantes não se precise, e então pode o juiz dispensá-las.

(...)

T.J.S.C
10

Somente onde a lei determine, tem o juiz de ater-se ao valor das provas, como se se trata da eficácia probatória da data de audiência, ou de algum termo ou auto do processo."(Comentários ao Código de Processo Civil, tomo IV, arts. 282 a 443, 3ª ed., rev. ampl., Forense, Rio de Janeiro, p. 253) (grifei).

Não menos importante, as explanações de Humberto Theodoro Júnior, acerca da convicção do Togado, pelo sistema da persuação racional adotado pelo direito processual pátrio:

"O sistema de persuação racional é fruto da mais atualizada compreensão da atividade jurisdicional.

(...)

Sem a rigidez da prova legal, em que o valor de cada prova é previamente fixado na lei, o juiz, atendo-se apenas às provas do processo, formará seu convencimento com liberdade e segundo a consciência formada. Embora seja livre o exame das provas, não há arbitrariedade, porque a conclusão deve ligar-se logicamente à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos. E o juiz não pode fugir dos meios científicos que regulam as provas e sua produção, nem tampouco às regras da lógica e da experiência." (Humberto Theodoro Junior, Curso de Direito Processual Civil, Forense, Rio de Janeiro, 1996, p. 418) (grifei).

Também leciona, Fernando Simas Filho, que: "o que leva à convicção do juiz não é, geralmente, um ou alguns fragmentos probatórios, mas o conjunto da prova, tirando-se de cada segmento o que mais importa, cuja soma dá ao magistrado a certeza necessária

T.J.S.C.
11

para decidir. Vale dizer, a coerência entre os diversos elementos que, unidos, formam um todo harmônico. Esta coerência e harmonia são a subsistência da melhor prova, proporcionando as condições para uma sentença – juridicamente correta." (A Prova na Investigação de Paternidade, Juruá, Curitiba, 1991, p. 42).

Ora, a prova pericial colhida no processo – exame genético de DNA – , é reconhecida como prova robusta capaz de atestar a paternidade nas demandas investigatórias, não tendo a prova testemunhal o condão de enfraquecê-la mesmo porque "é falível e deficiente; MITTERMAYER chamou-a de 'prostitutas das provas'..! BACON, defendia as provas técnicas como antídoto ao 'veneno dos testemunhos'...! BECCARIA, provas que 'a testemunha diz a verdade, quando, não tem interesse em mentir'...!" (A Prova na Investigação de Paternidade, Fernando Simas Filho, Juruá, Curitiba, 4ª ed., p. 59).

A respeito da importância do exame genético de DNA, extrai-se do acórdão do Des. Napoleão Amarante, trechos de artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo de 04.05.89, de autoria de Ayush Morad Amar:

"A análise técnica do material genético fornece 100% (cem por cento) de certeza nos casos de paternidade. Além disso, permite identificar o autor de um crime a partir de um fio de cabelo, uma gota de sangue ou esperma" (Artigo intitulado "DNA estréia no Brasil como prova de paternidade").

(...)

Em face da viabilidade da determinação do DNA, os métodos de identificação empregados até hoje não têm mais razão de prosseguir. Para

T.J.S.C. 12

muitos, a investigação de paternidade pelos métodos ainda em vigor e até ofensiva diante do que representa a identificação pelo DNA.

(..)

A identificação digital genética do DNA constitui valiosíssimo recurso na distribuição da justiça, rápida e justa, possibilitada mediante considerável economia de tempo e dinheiro.

Por um lado, todos os anos, a renúncia ou recusa da responsabilidade parental provoca ajuizamento de milhares de investigações do liame genético, que representam pesado fardo para o erário público, comprometendo, pela saturação que acarretam, a própria Justiça.

Grande parte do problema da identificação de indivíduos funda-se na inexistência de um único teste que seja, ao mesmo tempo, simples, rápido e exato. Os sistemas sangüíneos convencionais apenas excluem o liame genético." (ACV 36.643, de Anchieta, Des. Napoleão Amarante, julgada em 10.09.91)".

Por fim, consoante doutrina citada pelo próprio réu da ação de investigação de paternidade:

"*Se a precatória ou a rogatória foi pedida antes do despacho saneador, incide o art. 265, IV, b.* ***Não basta o protesto por precatórias; para a suspensividade é preciso*** *que tenha havido, antes do despacho saneador, requerimento e* ***DEPENDA, PRINCIPALMENTE, DA PROVA REQUERIDA A DECISÃO DA CAUSA***" (3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 22 de julho de 1948, R. F., 120, 506). (grifo e destaque nosso) (MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo IV, Forense, pp. 254/255).

A.J.S.C. 13

Ora, eminente julgador, a solução ou o resultado da demanda depende da prova testemunhal requerida e deferida?

É, óbvio que não, o fim da antecipação de tal depoimento, repito, é de cunho nitidamente procrastinatório, sendo que as declarações de tal testemunha - *não identificando-se o teor de seu conhecimento sobre o fato e do motivo da antecipação – art. 848 CPC* – não elimina a produção da prova técnica (DNA), este de grau de credibilidade e confiança superior a qualquer outra prova, visto que nenhuma testemunha poderá, em juízo, confirmar ou negar qualquer paternidade atribuída a um suposto pai.

No caso da decisão reclamada, como se não fosse óbvio, mas jamais se menospreze o evidente, a decisão da causa de investigação de paternidade depende, com o avanço da tecnologia, primordialmente do exame técnico, mas de forma alguma de testemunha que nem se sabe, porque não dito, sobre o que irá testemunhar de tão relevante.

Mais uma vez socorre-se da jurisprudência, citando-se apenas uma para não cansar o julgador, posto que entendimento amplamente majoritário:

"Em sede de investigação de paternidade, produzido laudo técnico para análise do DNA, em diligência, havendo conclusão pericial de probabilidade positivada de paternidade superior a 99,999%, não há dúvida da procedência do pedido, estribada em prova cientificamente hígida e irrefutável" (Apelação Cível n. 45.422, de Biguaçu, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Quarta Câmara Civil, j. 14.3.96).

"O EXAME DO DNA CONSTITUI-SE, ATUALMENTE, SEGUNDO A MELHOR DOUTRINA E

T.J.S.C. 14

ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE, NA PROVA MAIS SEGURA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, CUJO RESULTADO FORMA ELEMENTO DE CONVICÇÃO DEFINITIVO PARA ATRIBUIÇÃO DE PATERNIDADE"(Apelação Cível 2001.002481-6, Relator Des. Mazoni Ferreira, julgada dia 12 de junho de 2003).

Por último, nesse tópico, o mais absurdo que se afigura é que os Estados Unidos da América não cumprem cartas rogatórios brasileiras, sendo inútil, a não ser para quem pretenda procrastinar o feito, a paralisação processual por um ano que, findo, nada trará de novo para o processo.

1.1) FACULTATIVIDADE DO EXAME PERICIAL

O Código Civil, em seus arts. 231 e 232, estabelece textualmente que:

Art. 231. Aquele que nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232. A recusa a perícia médica ordenada por pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

E mesmo que assim não fosse, ou seja, que não houvesse texto legal expresso prevendo, no caso dos autos, a presunção de paternidade ante a não realização do exame pericial pelo investigado, a jurisprudência, mesmo antes da edição do novo Código Civil, contemplava tal possibilidade.

É da jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça:

A.J.S.C. 15

"**Nenhuma parte pode ser compelida a submeter-se a exame pericial. Inexiste qualquer disposição legal a sustentar essa compulsoriedade. Porém, se, em ação investigatória de paternidade, recusa-se o investigado a submeter-se à perícia determinada, obviamente sobre ele recai o ônus de tal recusa, gerando-se uma presunção de veracidade quanto aos efeitos que com a mesma prova se pretendia estabelecido.** (grifo nosso) (Agravo de Instrumento nº 10.412, de Brusque, Rel. Des. Trindade dos Santos, julgada dia 19 de março de 1996).

2) DESIGNAÇÃO DO RECLAMADO PARA O CARGO JUIZ DA 2ª VARA DA FAMÍLIA PELO PRÓPRIO REQUERIDO (Des. Jorge Mussi – Presidente do TJSC)

Por fim, causa estranheza que o próprio requerido/investigado (Des. Jorge Mussi) tenha designado o reclamado para atuar na segunda Vara da Família, onde corre a ação contra si proposta.

Há, no caso, incontestável vício, notadamente pelas atitudes equivocadas, em todos os aspectos, tomadas pelo reclamado na condução do feito.

Com efeito, caberia o requerido encaminhar ofício ao 1º Vice-Presidente do Egrégio TJSC para nomear outro magistrado para atuar em referido feito, ou o reclamado, quando deparasse com o processo, declarasse a suspeição, para nomeação de outro juiz.

Qualquer decisão favorável do reclamado em favor do requerido, inclusive a decisão vergastada, soa como parcial.

T.J.S.C. 16

Esse argumento, por si, já embasa suficientemente o pedido, sendo de deferi-lo no termos em que exposto.

DOS REQUISITOS

Como já asseverado, para que a reclamação possa ser conhecida e provida devem estar presentes: 1) o erro ou abuso na decisão, 2) a inversão da ordem legal do processo e 3) inexistência de recurso específico.

Nos três itens aqui especificados, observa-se que efetivamente há, no mínimo, erro na decisão, para não se falar em evidente abuso; igualmente há inequívoca inversão da ordem processual e inexiste recurso específico para combater o provimento jurisdicional, pois não se reveste de cunho decisório, sendo de se afastar, ao menos em tese, a aplicação do Agravo de Instrumento.

ANTECIPAÇÃO DO PEDIDO

Prescreve o § 2º do art. 243 do RITJS que "poderá o relator ordenar a suspensão do despacho que deu motivo à reclamação, quando relevante o fundamento desta, e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida".

Como já colocado no preâmbulo da presente, "Justiça tardia não é justiça, mas injustiça qualificada" (Rui Barbosa).

Versando o feito sobre direitos da personalidade (nome) e sobre a própria subsistência de uma pessoa em desenvolvimento (alimentos), a prevalecer a decisão vergastada, no provimento final da presente reclamação, terá o autor do processo, Tiago Silva, efetivo e imensurável prejuízo,

T.J.S.C. 17

razão pela qual o deferimento de plano, pelo próprio Relator, dos pedidos aqui pleiteados é medida de Justiça e compatível com uma correta prestação jurisdicional.

PEDIDO:

Assim, requer o Ministério Público o recebimento da presente Reclamação, o deferimento da medida liminar para concessão dos pedidos aqui descritos, seu processamento com a oitiva do reclamado (Dr. Fernando Luiz Soares Carvalho) e do Procurador Geral de Justiça, e, ao final, o seu atendimento para que seja prolatada nova decisão (art. 264 do RITJ) nos autos, nos seguintes termos:

1) seja mantida a decisão de fls. 152/153 dos autos n. 023.02.041281-1, para que seja realizado o exame pericial (DNA);

2) seja o investigado compelido a realizar o exame pericial ou a arcar com a sua recusa, suprindo-se, neste caso, a prova que se pretendia obter com o exame, qual seja, a paternidade;

3) seja dado prosseguimento ao processo, sem sua suspensão, ante a desnecessidade da prova requerida por rogatória para o deslinde do feito e a impossibilidade de seu cumprimento – *indeferimento do pleito de fls. 128, com reforma da decisão de fls. 193/194*;

4) seja designado, pelo substituto legal do Presidente do TJSC, magistrado para dar prosseguimento ao feito, ante a manifesta suspeição do Reclamado ou de outro juiz designado para atuar neste juízo pelo requerido.

5) *alternativamente*, sendo mantida a determinação de expedição de carta rogatória, que o processo

não seja suspenso, determinando-se a produção das demais provas requeridas – pericial (DNA), documental e testemunhal -, face o grande e irreparável prejuízo suportado pelo autor com a paralisação do feito.

Pede deferimento.

Florianópolis, 30 de junho de 2004.

RENEE CARDOSO BRAGA
Promotor de Justiça Substituto

MÁRIO LUIZ DE MELO
Promotor de Justiça