

**Rito sumário - Rol de testemunhas - Não
apresentação na exordial - Emenda à inicial -
Oportunidade - Prova oral em audiência - Decisão
interlocutória proferida em audiência - Recurso
próprio - Improriedade da via eleita**

Ementa: Agravo de instrumento. Processual civil. Rito sumário. Não apresentação de rol de testemunhas na

exordial. Oportunidade de emenda à inicial. Não apresentação do rol. Indeferimento. Prova oral em audiência. Decisão interlocutória proferida em audiência. Recurso próprio. Agravo retido. Impropriedade da via eleita. Art. 523, § 3º, do Código de Processo Civil.

- As decisões interlocutórias proferidas em audiência desafiaram recurso de agravo retido, não se podendo conhecer do agravo de instrumento interposto impropriamente. Acolher a preliminar de não conhecimento do recurso

- V.v.: - A regra do art. 523, § 3º, do CPC, ao tratar da interposição do agravo retido, menciona expressamente a audiência de instrução e julgamento. Para as decisões proferidas em audiência de conciliação, aplica-se o prazo geral do agravo (art. 522, *caput*, do CPC).

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.12.059454-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Elizabete Miguel e outro, Alex da Cruz Pires - Agravada: Acidália Maria de Araújo Teixeira - Relator: DES. ANTÔNIO BISPO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, por maioria, EM ACOLHER A PRELIMINAR E NÃO CONHECER DO RECURSO, VENCIDO O 1º VOGAL.

Belo Horizonte, 27 de setembro de 2012. - Antônio Bispo - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO BISPO - Elizabete Miguel e Alex da Cruz Pires agravam da decisão de f. 34-TJ, proferida nos autos da “ação de indenização por danos morais” movida em face de Acidália Maria de Araújo Teixeira, que deferiu a produção de prova oral arroladas apenas pela parte requerida/agravada.

Das razões recursais (f. 02/06-TJ) consta, em síntese, que:

I - o recurso deverá ser recebido na forma de agravo de instrumento, uma vez que o ulterior provimento terá o condão de anular praticamente todo o feito;

II - a decisão de acatar a preclusão da prova testemunhal alegada pela agravada é suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação, em razão de a prova testemunhal ser imprescindível para o deslinde da questão;

III - é inconstitucional o art. 276 do CPC, uma vez que a antecipação do rol de testemunhas e a formulação de quesitos na elaboração da petição inicial acabam por ferir a isonomia, visto a posição de evidente desvantagem dos ora agravantes, ao obrigar apenas a estes a antecipação da estratégia probatória.

IV - não existe preclusão ao magistrado no caso de coleta de provas, consoante art. 130 do CPC.

Com essas considerações, requereu a parte agravante, ao final, seja provido o recurso, reformando-se a decisão agravada para deferir a oitiva de testemunhas dos ora agravantes, com produção de prova testemunhal oral a cargo da agravante.

Nas informações (art. 527, IV, CPC), noticiou-se a manutenção da decisão agravada e o cumprimento do art. 526 do CPC (f. 54-TJ).

A parte agravada apresentou contraminuta, pugnando pelo desprovimento do recurso (f. 56/60-TJ). Preliminarmente, arguiu a preclusão, em razão da não manifestação em audiência.

É o relatório.

Da preliminar de não conhecimento do recurso - preclusão.

A agravada arguiu a preliminar de não conhecimento do recurso, em razão de que a matéria posta em discussão já se encontra acobertada pelo manto da preclusão.

O MM. Juiz *a quo*, em resposta ao ofício, informa que o presente recurso não deve ser conhecido, porquanto a matéria posta em discussão já se encontra acobertada pelo manto da preclusão.

Compulsando os autos, verifica-se que os autores, ora agravantes, ajuizaram ação de indenização por danos morais, visando ao recebimento da importância de R\$30.000,00 (trinta mil reais), pelos danos morais supostamente sofridos.

Observando os preceitos legais dispostos no art. 275 e seguintes do CPC, o Juízo *a quo*, verificando não estar devidamente elaborada a exordial, intimou os autores, facultando a emenda no prazo de dez dias (f. 25-TJ), apenas ratificando o autor esse entendimento, sem, contudo, emendar a inicial para fins do disposto no art. 276 do CPC.

Ato contínuo, foi determinada a citação do réu e designada audiência de conciliação para o dia 15.05.2012, às 15 horas, com as advertências de praxe.

Inviabilizada a realização da audiência em razão de a ré/agravante estar viajando, a audiência foi redesignada para o dia 27.06.2012, às 15 horas.

Na audiência, não foi realizada a conciliação entre as partes. Foi apresentada contestação pela agravada, oferecendo aos agravantes a oportunidade de impugnação, esta efetivamente realizada, pugnando o ora agravante pela realização da prova testemunhal na forma do rito do art. 407 do CPC, visto a alegação de preclusão da prova testemunhal, dada a não apresentação do rol em momento oportuno.

Assim, deferiu o Juízo inaugural as provas documental e oral, esta consistente nos depoimentos das testemunhas arroladas pela requerida, designando audiência de instrução e julgamento para o dia 26.09.2012, às 15h30, ficando desde já intimados os interessados, não havendo, nessa oportunidade, nenhuma manifestação dos ora agravantes.

Desse modo, contra a referida decisão proferida no dia 27.06.2012, não foi interposto recurso imediato, sendo somente em 06.07.2012 interposto o presente recurso, requerendo que fosse deferida a prova testemunhal.

Infere-se, de fato, que a pretensão dos agravantes se encontra preclusa por causa do decurso do tempo.

Ademais, o presente recurso é impróprio, porque, contra a decisão prolatada em audiência, em ação que tramita em rito sumário o recurso cabível, é agravo retido, interposto de forma imediata e oralmente.

O art. 523, § 3º, do Código de Processo Civil dispõe que:

Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento, caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.

Embora o artigo supracitado se refira à decisão proferida em audiência de instrução e julgamento, no entanto entendo que, no rito sumário, as decisões proferidas em audiência, seja de conciliação, seja de instrução e julgamento, são recorríveis por agravo na forma retida.

Assim, tendo em vista o princípio da boa-fé objetiva processual e a nova sistemática hermenêutica processual que impõe a lealdade como consectário do devido processo legal, extrai-se, na observância de tal princípio, que a boa-fé objetiva não é um estado mental, mas um padrão de comportamento correto, probó.

Tais apontamentos, além de princípios constitucionais implícitos, são princípios infraconstitucionais explícitos, à luz do que dispõe o art. 14, II, do CPC, *in verbis*:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 2001.)

[...]

II - proceder com lealdade e boa-fé; [...].

Como consectário lógico desse princípio, o comportamento ímprobo é tido como ilícito, assim como o abuso de direito, impondo às partes agir de maneira coerente, proibindo a prática de comportamentos contraditórios que frustram, por sua vez, a expectativa legítima criada para o outro. É o chamado *Nemo potest venire contra factum proprium*, em que ninguém pode se comportar de forma contraditória.

Nesse sentido é a doutrina de Fredie de Didier Júnior (2007, p. 200):

O princípio da cooperação e o princípio que veda o *venire contra factum proprium* se relacionam, na medida em que compõem o conteúdo da cláusula geral da proteção da boa-fé objetiva na relação jurídica processual. A boa-fé objetiva é norma de conduta que colore e qualifica o contraditório. A proibição de comportar-se contrariamente a comportamento anterior é uma de suas nuances.

Nesse sentido, o STF, por meio do Ministro Gilmar Mendes, no RE 464963/GO, consignou a aplicação da lealdade processual por meio do Fair Trial, em trecho de voto:

[...] O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.

A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal, positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos.

Assim sendo, acolho a “preliminar de não conhecimento do recurso”, por ser este impróprio, já que o recurso cabível contra decisão proferida em audiência é o agravo retido, e ainda por entender que já ocorreu a preclusão temporal.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ - Da preliminar de não conhecimento do agravo.

Aduz a parte agravada que não merece ser conhecido o presente recurso, visto que caberia à parte ter-se valido do agravo na modalidade retido.

A exigência de agravo retido para atacar decisões proferidas em audiência, segundo a previsão do CPC, art. 523, § 3º, limita-se às proferidas em audiência de instrução e julgamento.

Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente [...].

Vê-se que o artigo prevendo a interposição de agravo retido de forma oral e imediata, em relação às decisões proferidas em audiência, apenas faz menção às audiências de instrução e julgamento, em nada abordando a questão da audiência de conciliação.

No caso, a audiência realizada em 27.06.2012, objeto do recurso, destinou-se à conciliação das partes (f. 34-TJ, c/c art. 277, CPC), caso em que eventuais decisões são atacáveis por agravo de instrumento.

Assim, para as decisões proferidas em audiência de conciliação, aplica-se o prazo geral do agravo, presente no art. 522, *caput*, que dispõe: “Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 dias [...]”.

Sobre o tema:

A imposição do agravo oral e retido contempla apenas as decisões tomadas na audiência de instrução e julgamento. A regra geral do art. 522 regula a recorribilidade das decisões tomadas nas demais audiências, como aquela prevista no art. 277 (JTJ 287/356) (NEGRÃO, Theotônio *et al.* *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 672, art. 523, nota 23-d).

Nesse sentido:

Embargos do devedor. Audiência preliminar de conciliação. Agravo retido. CPC, art. 523, § 3º. Cerceamento de defesa. Não configuração. Intimação da penhora. Edital. Excesso de penhora. Impertinência. - 1. A regra do art. 523, § 3º, do CPC, ao tratar da interposição imediata e oral do agravo retido, menciona expressamente a audiência de instrução e julgamento, daí porque não se aplica em sede de audiência preliminar de conciliação. - 2. A decisão que indefere a realização de provas inúteis ao desate da causa não configura cerceamento de defesa. - 3. Se todos os executados foram intimados da penhora, alguns por edital, não cabe falar em nulidade da execução por ausência de tal intimação. - 4. A execução, não os embargos do devedor, é que constitui sede própria para a arguição de excesso de penhora (Apelação Cível 1.0145.03.063335-1/001 - TJMG - Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes - j. em 03.07.07).

Ainda:

Agravo de instrumento. Decisão proferida em audiência de conciliação. Agravo retido. Prazo. 10 dias. Interposição na própria audiência. Art. 523, § 3º, CPC. Apenas audiência de instrução e julgamento. - Ao agravo retido contra decisão proferida em audiência de conciliação, aplica-se o prazo geral de 10 dias do *caput* do art. 522 do CPC. Conforme art. 523, § 3º, do CPC, apenas o agravo retido de decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento é que deve ser interposto na própria audiência. - V.v.: - O agravo retido interposto contra decisão proferida em audiência realizada no rito sumário deve ser oral e imediatamente, e não no prazo de dez dias, sob pena de ser considerado intempestivo (Agravo de Instrumento Cível nº 1.0024.07.427790-6/001 - Relator: Des. Tibúrcio Marques, DJ de 06.05.2010).

Pelo exposto, rejeito a preliminar de não cabimento do recurso.

DES. TIBÚRCIO MARQUES - De acordo com o Relator.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR E NÃO CONHERAM DO RECURSO, VENCIDO O 1º VOGAL.