Decisão Monocrática

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001620-24.2010.815.0351
RELATOR : Juiz Carlos Eduardo Leite Lisboa
APELANTE : João Miguel Soares
ADVOGADO : Walter Higino de Lima (OAB/PB nº 6.245)
APELADO : Genário de Lima Coutinho e Maurílio de Lima Coutinho
ADVOGADO : Sem advogado

APELAÇÃO CÍVEL – DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – APELAÇÃO DO AUTOR – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – PROVA TESTEMUNHAL E OITIVA DO APELADO – INTIMAÇÃO PARA SE MANIFESTAR SOBRE A NECESSIDADE DA OITIVA DE UM DOS RÉUS – INÉRCIA - PRECLUSÃO – PERDA DO DIREITO DE REDISCUTIR A QUESTÃO – ART. 473, DO CPC/73 - PROVA CONSIDERADA ILÍCITA PELO MAGISTRADO – ÁUDIO DE CONVERSA ENTRE O AUTOR E TESTEMUNHA ARROLADA MAS NÃO APRESENTADA – LEGALIDADE DA PROVA QUE NÃO ALTERA A PRECLUSÃO CONSUMATIVA DA APRESENTAÇÃO DA TESTEMUNHA EM AUDIÊNCIA – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – APLICAÇÃO DO ART. 557, *CAPUT*, DO CPC/73 – NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO APELO.

Constatando-se a inércia da parte após intimação realizada pelo Juízo, impossível a rediscussão da matéria pela qual não se manifestou no momento oportuno, em virtude da preclusão.

Nas lições de Fredie Didier, verifica-se a preclusão: "(…) na perda do poder processual em razão do seu não exercício no momento oportuno; a perda do prazo é inércia que implica preclusão (art. 183, CPC). (In. Curso de Direito Processo Civil, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, 12 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, v. 1, p. 295.).

Vistos etc**.**

Trata-se de Apelação Cível (fls. 169/177) interposta por **João Miguel Soares** irresignado com a sentença (fls.165/166-v) prolatada pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Sapé, que, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais ajuizada pelo apelante em face de **Genário de Lima Coutinho e Maurílio de Lima Coutinho**, julgou improcedente o pleito exordial pela ausência de comprovação dos fatos alegados na inicial.

Nas razões de seu apelo (fls. 169/177), o autor/apelante alega unicamente que causa não se encontrava madura suficientemente para prolação da sentença, destacando que a produção de prova testemunhal por ele indicada, assim como o depoimento dos promovidos não teriam sido observados pelo magistrado, incorrendo em cerceamento do direito de defesa.

Em seguida, revela que houve um equívoco pelo magistrado ao considerar que a conversa gravada no CD acostado aos autos teria se dado entre o autor e um dos promovidos, sendo, na verdade, uma conversa entre o autor e uma das testemunhas por ele arroladas acerca do incidente que originou a ação, possibilitando, assim, a sua utilização como meio de prova a amparar a pretensão inicial.

Por fim, requer a nulidade da sentença em virtude do *error in procedendo*.

Nas contrarrazões de fls. 180/189, os apelados pugnaram pela manutenção da sentença.

No Parecer Ministerial às fls. 196/200, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.
Decido.

Inicialmente, constato que a sentença objurgada foi publicada ainda sob a égide do CPC/73, sendo este o diploma processual legítimo à análise da pretensão recursal.

Registro, de logo, que a sentença vergastada deve ser mantida.

A pretensão inicial foi proposta pelo apelante em face de Genário de Lima Coutinho e Maurílio de Lima Coutinho, tendo o autor exposto na inicial que os apelados teriam lhe atribuído a pecha de “ladrão” em diversos locais da cidade, o acusando de ter “roubado” sobras de ferro de uma construção em que trabalhava, contratado pelos apelados.

A sentença de improcedência se baseou na inexistência de conteúdo probatório apto a satisfazer o art. 333, I, do CPC/73, notadamente no

que tange aos fatos constitutivos do direito do autor, destacando a ilicitude da prova contida no CD (fl. 14) apresentado pelo autor.

A irresignação recursal cinge-se ao alegado cerceamento do direito de defesa, ressaltando a ausência de oitiva do promovido e a legalidade da prova inserta no CD apresentado.

Sem razão.

Compulsando os autos, verifico que na audiência preliminar realizada no dia 05/11/2012 (fl. 70), o próprio autor comprometeu-se a apresentar as suas testemunhas independentemente de intimação. Ato contínuo, o magistrado deferiu o pedido da oitiva de Genário Coutinho de Lira na Comarca da Capital, em virtude da idade avançada e problemas de saúde, determinando a expedição da carta precatória para a tomada do depoimento.

Em seguida, à fl. 73, o autor apresentou o seu rol de testemunhas para a oitiva na audiência de instrução.

Na audiência de instrução, foram tomados a termo os depoimentos do autor, bem como da testemunha Maurílio da Silva Coutinho, tendo o autor requerido a oitiva do primeiro demandado, Genário Coutinho de Lira.

Carta Precatória devolvida sem a realização da oitiva do réu, em virtude da ausência de sua localização (fl. 150).

Intimado o autor para informar sobre a insistência na oitiva do réu, no prazo de 10 dias, não houve manifestação sobre o despacho, conforme atesta a certidão exarada à fl. 153-v.

Em seguida, foi proferida a sentença.

Conforme se observa da breve narrativa processual, muito embora tenha o promovente se manifestado pela realização da oitiva do Sr. Genário Coutinho de Lira, em virtude da sua não localização por duas oportunidades (fls. 125; 149), o ato processual não se efetivou, tendo o autor permanecido inerte à intimação para se manifestar acerca da real necessidade da oitiva.

Ora, se por um lado o autor, em audiência, se comprometeu a encaminhar suas testemunhas que fariam prova do ato ilícito e, por outro lado, não se manifestou sobre a necessidade da oitiva de um dos réus, claramente operou a preclusão no caso, impedindo a alegação de nulidade quando os atos não foram praticados justamente pela sua inércia.

Assim, o cumprimento da medida no prazo fixado era medida imperativa. Deixando de fazê-lo, operou-se a preclusão, especialmente a preclusão temporal, sendo considerada como a "perda da faculdade de praticar

o ato processual pelo transcurso do tempo, previsto para utilizá-lo ou quando o tenha praticado de forma incompleta ou irregular"[1].

Nas lições de Fredie Didier, verifica-se a preclusão:

> (…) na perda do poder processual em razão do seu não exercício no momento oportuno; a perda do prazo é inércia que implica preclusão (art. 183, CPC). (In. Curso de Direito Processo Civil, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, 12 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, v. 1, p. 295.).

Nesse plano, a leitura do art. 473 do CPC/73 é bastante elucidativa sobre a questão, senão vejamos:

> Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

Assim, não se manifestando a parte no momento oportuno, operada está a preclusão, impedindo novas discussões sobre a questão.

Sobre a matéria, há precedentes jurisprudenciais desta Corte:

> EMENTA: AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDORA PÚBLICA. CONTRATO TEMPORÁRIO POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. PEDIDO DE PAGAMENTO DE 13º SALÁRIOS, FÉRIAS COM O RESPECTIVO TERÇO CONSTITUCIONAL, HORAS EXTRAS E RECOLHIMENTO DO FGTS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APELAÇÃO. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL. CORRELAÇÃO ENTRE A CAUSA DE PEDIR E PEDIDO. REJEIÇÃO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DESPACHO DETERMINANDO A ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS. INÉRCIA. REJEIÇÃO. MÉRITO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DEMONSTRADA ENTRE JANEIRO DE 2009 E DEZEMBRO DE 2012. NULIDADE DO VÍNCULO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO. DIREITO AORECEBIMENTO DAS VERBAS INERENTES AOS SERVIDORES PÚBLICOS. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. REMESSA NECESSÁRIA. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. PROVA DO ADIMPLEMENTO. ÔNUS DO ENTE MUNICIPAL. AUSÊNCIA. FÉRIAS. ROMPIMENTO DO VÍNCULO. INDENIZAÇÃO. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. DIREITO CARACTERIZADO APÓS O PERÍODO AQUISITIVO DE DOZE MESES. SUCUMBÊNCIA. AUTORA VENCIDA EM PARTE DOS PEDIDOS. RECIPROCIDADE. DESPROVIMENTO DO APELO E PROVIMENTO PARCIAL DA REMESSA NECESSÁRIA. 1. Havendo correlação entre

1(NERY JR. Nelson. Código de Processo Civil comentado. 7. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 578)"

> o pedido formulado e os fatos e fundamentos jurídicos apresentados pela Autora, não há de se falar em inépcia da inicial. **2. "Intimada a parte para especificação das provas a serem produzidas e ausente a sua manifestação, resta precluso o direito à prova, mesmo que haja tal pedido na inicial.**[2] (Grifei).

No que tange à discussão acerca da ilegalidade da prova obtida por meio de uma gravação inserta no CD anexado à fl. 14, muito embora discorde da fundamentação exposta pelo magistrado na decisão, reputo que a eventual declaração de legalidade da referida prova não tem o condão de anular a sentença, assim como pretende o apelante.

Conforme exposto nas razões do recurso, o áudio inserto no CD refere-se a uma conversa entre o próprio apelante e uma das testemunhas por ele arroladas e não conduzidas à audiência, o Sr. Alan Cabral.

Com efeito, se o autor pretendia fazer prova sobre o suposto ato ilícito perpetrado pelos réus por meio do depoimento do Sr. Alan Cabral, deveria conduzi-lo ao Juízo para que houvesse a sua oitiva formal, possibilitando a apuração de eventual prática dos atos ilegais pelos demandados.

Nessa baila, vale transcrever parte do Parecer Ministerial abordando o caso:

> "[...]Ora, o que o recorrente pretende, na verdade, é produzir uma prova testemunhal através de uma gravação que nem se sabe a originalidade, tampouco como a mesma foi confeccionada, tanto é que o interlocutor chamado "Alan", apesar de arrolado como testemunha do apelante, sequer compareceu à audiência de instrução para prestar seu depoimento.
>
> Como se sabe, para a produção da prova testemunhal há todo um rito previsto no CPC, que além de exigir a qualificação da testemunha para sua correta identificação, exige também que seja firmado o compromisso de dizer somente a verdade.
>
> Ainda, o código processual prevê a possibilidade de as partes contraditarem a testemunha, bem como de fazerem perguntas que esclareçam ou complementem o depoimento [...]"

Nesse diapasão, observa-se que o apelante pretende substituir a produção da prova testemunhal pelo áudio inserto no CD à fl. 14, não se revestindo a medida como adequada à perda do direito operada com a preclusão, uma vez que no momento processual oportuno, a parte deixou de

2 (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00009307120148150151, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA , j. em 13-10-2016)

empreender seus esforços no sentido de encaminhar ao Juízo a prova testemunhal a que se referia.

Vale lembrar, ainda, que a necessidade de realizar a produção de provas deve ser sopesada pelo magistrado de forma prudente. Havendo elementos suficientes para formar o seu convencimento ou envolvendo a matéria apenas questões de direito, não há razão para novas provas, não caracterizando violação ao princípio basilar da ampla defesa (inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal) o julgamento do processo no estado em que se encontra.

Consoante reza o art. 130 do Código de Processo Civil de 1973 (art. 370, do CPC/15), caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Esse também é o entendimento jurisprudencial.

> O juiz é o destinatário das provas e a ele compete considerar as questões suscitadas e os elementos exibidos pelas partes, só determinando dilação probatória quando estritamente necessária para seu convencimento.[3]
>
> RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. LIVRE CONVENCIMENTO. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. REEXAME DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. 1. Não há cerceamento de defesa, se o julgador deixa de oportunizar a produção de prova, mediante a existência nos autos de elementos suficientes para a formação de seu convencimento. (…) Recurso especial não provido.[4]

Por tais considerações, aciono o dispositivo constante no art. 557, *caput*, do CPC/73 e **NEGO SEGUIMENTO AO APELO**, mantendo incólume a sentença vergastada, em consonância com o Parecer Ministerial.

P.I.

João Pessoa, 04 de setembro de 2017.

Juiz Carlos Eduardo Leite Lisboa
RELATOR

G/05

3 TJSP; APL 990.09.325339-9; Ac. 4693908; Guarulhos; Trigésima Segunda Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Kioitsi Chicuta; Julg. 09/09/2010; DJESP 22/09/2010.

4 STJ, REsp 973.513/PR, Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJe 15/04/2008