

QUINTA CÂMARA CÍVEL
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 8388/2011 - CLASSE CNJ - 202 - COMARCA CAPITAL

AGRAVANTES: **RIVALDO JOSÉ PEREIRA E OUTRO(s)**
AGRAVADOS: **REGINA HELENA PAIVA FERREIRA VIANNA E OUTRO(s)**

Número do Protocolo: 8388/2011
Data de Julgamento: 08-6-2011

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - NÃO COMPARECIMENTO - JUSTIFICATIVA APRESENTADA - MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO JUIZ SINGULAR - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - ROL DE TESTEMUNHAS - DETERMINAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E REDUÇÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - PRAZO - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A questão que ainda não foi apreciada pelo julgador singular não pode ser analisada originariamente no Tribunal, sob pena de supressão de instância e ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição

A substituição de testemunhas, mesmo nos casos mencionados no artigo 408 do CPC, deve ser feita com a antecedência prevista no artigo 407 do CPC, de forma a proporcionar à parte contrária a oportunidade de conhecer as provas contra ele a serem produzidas.

Segundo jurisprudência majoritária, a limitação do número de testemunhas arroladas em três apenas é possível após a oitiva dessas, e não quando da apresentação do rol, sob pena de cerceamento de defesa. Interpretação do parágrafo único do art. 407 do Código Processo Civil.

QUINTA CÂMARA CÍVEL
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 8388/2011 - CLASSE CNJ - 202 - COMARCA
CAPITAL

Em ações possessórias a discussão se restringe a discussão de quem detém a posse da propriedade, portanto, as testemunhas arroladas devem se ater a esse fato.

QUINTA CÂMARA CÍVEL
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 8388/2011 - CLASSE CNJ - 202 - COMARCA CAPITAL

AGRAVANTES: **RIVALDO JOSÉ PEREIRA E OUTRO(s)**
AGRAVADOS: **REGINA HELENA PAIVA FERREIRA VIANNA E OUTRO(s)**

RELATÓRIO

EXMO. SR. DES. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO

Egrégia Câmara:

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por RIVALDO JOSÉ FERREIRA E OUTROS contra a decisão que, nos autos da ação de reintegração de posse nº33/2009 movida em face de REGINA HELENA PAIVA FERREIRA VIANNA E OUTRO, em trâmite perante a Vara Especializada de Direito Agrário da Comarca de Cuiabá-MT, deferiu em audiência de instrução e julgamento a substituição das testemunhas arroladas pela parte autora, ora agravada, e determinou a conclusão da instrução somente com as testemunhas arroladas pelo requerido que ocupa a área em litígio.

Sustenta o agravante, em suma, que (I) antes da realização da audiência de instrução, foi realizado pedido no sentido de que: a) o depoimento pessoal dos agravantes fosse realizado na cidade de Porto Alegre do Norte-MT, Comarca onde residem; b) seria um ato contrário à razão, que o juízo de 1º grau e o promotor de justiça que atua no feito, entendessem que os réus - treze pessoas - se deslocassem da área rural do Município de Porto Alegre do Norte - MT onde residem, e viessem à Cuiabá para serem ouvidos; e c) que a audiência deveria ter sido realizada na comarca onde os autores residem; (II) a audiência deve ser nula por estar coberta de ilegalidades. Pede seja provido o agravo.

Ausente pedido liminar, o recurso foi recebido na forma de instrumento.

As informações foram devidamente prestadas, comunicando a manutenção da decisão e o cumprimento ao disposto no artigo 526 do CPC (fls.746/748-TJ).

As contrarrazões vieram às fls. 762/768-TJ, e após rebaterem os argumentos lançados na peça recursal, pugnaram pelo improvimento do recurso.

QUINTA CÂMARA CÍVEL
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 8388/2011 - CLASSE CNJ - 202 - COMARCA
CAPITAL

Instada a manifestar, a Douta Procuradoria de Justiça, às fls. 775/779, opinou pelo provimento parcial do agravo, para reconhecer a irregularidade quanto à substituição e oitiva das testemunhas arroladas pelo agravado e limitação das testemunhas a serem ouvidas.

É o relatório.

PARECER (ORAL)

A SRA. DRA. MARA LÍGIA PIRES DE ALMEIDA BARRETO

Ratifico o parecer escrito.

QUINTA CÂMARA CÍVEL
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 8388/2011 - CLASSE CNJ - 202 - COMARCA CAPITAL

VOTO

EXMO. SR. DES. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO (RELATOR)

Egrégia Câmara:

Em exame recurso de agravo de instrumento interposto por RIVALDO JOSÉ FERREIRA E OUTROS contra a decisão que, nos autos da ação de reintegração de posse nº33/2009 movida em face de REGINA HELENA PAIVA FERREIRA VIANNA E OUTRO, em trâmite perante a Vara Especializada de Direito Agrário da Comarca de Cuiabá-MT, deferiu em audiência de instrução e julgamento a substituição das testemunhas arroladas pela parte autora, ora agravada, e determinou a conclusão da instrução somente com as testemunhas arroladas pelo requerido que ocupam a área em litígio.

A matéria discutida neste recurso se refere ao inconformismo do agravante com a realização da audiência de instrução e julgamento sem a sua participação e do seu advogado. Ignorando as razões expostas, relata que o juiz de primeiro grau, tendo realizado a audiência e a pedido do agravado, deferiu pedido de substituição de testemunhas, tomando-lhes depoimento, violando, assim o contraditório.

Em primeiro lugar, no que tange a alegação de que é nula a audiência em razão de o agravante ter apresentado justificativas nas quais pretendia a não realização da audiência de instrução e julgamento, de se salientar que a matéria não pode ser conhecida, haja vista não ter sido objeto da decisão guerreada, embora devidamente veiculada na petição inicial do agravante.

Com efeito, examiná-lo agora, importará supressão de instância e ofensa ao princípio do juízo natural, pois o presente recurso possui devolutividade restrita ao que foi efetivamente decidido pelo juízo de primeiro grau.

Nesse sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA - ILEGITIMIDADE PASSIVA - MATÉRIA NÃO SUSCITADA E DECIDIDA PELO JUIZ SINGULAR - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

QUINTA CÂMARA CÍVEL
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 8388/2011 - CLASSE CNJ - 202 - COMARCA
CAPITAL

A questão que ainda não foi apreciada pelo julgador singular não pode ser analisada originariamente no Tribunal, sob pena de supressão de instância e ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição”. (TJMT, 4ª Cível, RAI n. 61135/09, Rel. José Silvério Gomes, j. 17-8-09).

No caso dos autos, as partes foram intimadas da audiência de instrução e julgamento e, no momento da realização da audiência (fls.283/288-TJMT), somente compareceram os agravados e seus advogados, oportunidade em que foi requerido e deferido pedido de substituição de duas testemunhas arroladas por eles, que seriam inquiridas por carta precatória, não existindo qualquer informação acerca da ausência do agravante.

Sustenta o agravante prejuízo à sua defesa, com a quebra do devido processo legal, inclusive do contraditório, ao permitir aos autores/agravados a substituição de testemunha no correr da audiência de instrução e julgamento, pleiteando a anulação do processo a partir de tal ponto.

No que diz respeito a essa matéria, a teor do que dispõe o artigo 408, inciso III, do Código de Processo Civil, entendo ser permitida a substituição de testemunhas, principalmente porque todo o processo quadra com o princípio da verdade real. Mas, a toda evidência, a substituição de testemunhas, mesmo nos casos mencionados no artigo 408 do CPC, deve ser feita antes da audiência e no prazo estatuído pelo artigo 407 do Código de Processo Civil.

No ensinamento de Humberto Theodoro Júnior:

“O advérbio ‘só’ deve ser entendido em termos: a substituição é livre, se feita pelo menos cinco dias antes da audiência (RT 522/83, RJTJESP 55/115), mesmo fora dos casos mencionados no art. 408, do CPC (RT 579/123).”

E diz mais:

“Esse prazo é estabelecido pelo Código em benefício da parte contrária, a fim de que possa conhecer com necessária antecedência a idoneidade da prova que contra si vai ser produzida. Há, por isso, de ser observado tanto nos casos de testemunhas a serem intimadas, como daquelas que comparecerão independentemente de intimação”. (Processo de Conhecimento, Ed. Forense, Rio

QUINTA CÂMARA CÍVEL
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 8388/2011 - CLASSE CNJ - 202 - COMARCA CAPITAL

de Janeiro, 1981, p. 599).

Portanto, verificando o Magistrado o direito da parte em substituir a testemunha, visto que enquadrado nos casos expressamente permitidos na norma processual, tinha o Juiz o dever de adiar a audiência para permitir à parte contrária oportunidade de preparar a sua defesa convenientemente.

Nesse sentido:

“EMENTA: INDENIZAÇÃO CIVIL - AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - DEPOIMENTO PESSOAL - DISPENSA - CERCEAMENTO DE DEFESA - TESTEMUNHAS - SUBSTITUIÇÃO - PRAZO.

- Não há cerceamento de defesa no ato do juiz que indefere o depoimento da própria parte.

- A substituição de testemunhas, mesmo nos casos mencionados no artigo 408 do CPC, deve ser feita com a antecedência prevista no artigo 407 do CPC, de forma a proporcionar à parte contrária a oportunidade de conhecer as provas contra ele a serem produzidas.” (TJMG - Proc. nº 2.0000.00.454289-0/000(1) - Relator Des. Elias Camilo - J. 18-8-2005).

“2009.002.17642 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - Des. SÉRGIO CAVALIERI FILHO - Julgamento: 14/05/2009 - TJ/SP - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA TESTEMUNHA. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DOS ARTS. 408 E 130 DO CPC. Substituição testemunhas/possibilidade/interpretação extensiva art.408/Ag 41008.09. Entendimento jurisprudencial que prevê a livre substituição, desde que empreendida pelo menos cinco dias antes da audiência. O Juiz é o destinatário último da prova, incumbindo-lhe a apreciação da pertinência e oportunidade de sua produção, na forma do artigo 130 do CPC. Desprovemento do recurso.”

Não havendo qualquer justificativa para a substituição das testemunhas já arroladas e não proporcionando à parte contrária oportunidade de conhecer, com antecedência, as provas contra ele a serem produzidas, resta caracterizado o cerceamento de defesa, e por constituir violação ao direito de ampla defesa, constitucionalmente assegurada, a

QUINTA CÂMARA CÍVEL
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 8388/2011 - CLASSE CNJ - 202 - COMARCA CAPITAL

todos que litigam em juízo (art. 5º, LV), imperiosa é a cassação da decisão interlocutória proferida em razão da audiência de instrução e julgamento.

Noutro ponto, o agravante aduz o cerceamento de defesa na medida em que houve a limitação pelo Juiz, antes de iniciada a audiência de instrução, do número de testemunhas a serem ouvidas em Juízo para cada uma das partes, conforme se lê das fls. 308-TJ.

Destarte, tenho que assiste razão ao apelante.

Isso porque, configura cerceamento de defesa a limitação de testemunhas a serem ouvidas antes de iniciada a instrução, visto que o Juiz somente após a oitiva de uma delas é que poderá limitar o número de testemunhas face à inexistência de controvérsia acerca do fato probante.

Nesse sentido:

“O juiz somente pode limitar o número de testemunhas a três para cada fato depois de ouvi-las, e não antes (PT 514/95, RJTESP 52/249, 94/296).”

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ROL DE TESTEMUNHAS. DETERMINAÇÃO DE REDUÇÃO. Dispõe o parágrafo único do art. 407, do CPC ser lícito a cada parte oferecer, no máximo, dez testemunhas; quando qualquer das partes oferecer mais de três testemunhas para a prova de cada fato, o juiz poderá dispensar as restantes. No entanto, a possibilidade de redução do número de testemunhas (limitação) não ocorre no momento da apresentação do rol, mas sim quando da oitiva delas. Precedentes jurisprudenciais. Decisão de origem cassada. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO DE PLANO.” (Agravado de Instrumento nº 70034230169, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 12-01-2010).

Na espécie, a decisão foi proferida em audiência, no entanto, como a questão que se discute no presente recurso gira em torno da possibilidade da substituição de testemunhas, que podem ser ouvidas por carta precatória e diante da evidente possibilidade de causar prejuízo ao agravante, necessária a realização de nova instrução do feito.

QUINTA CÂMARA CÍVEL
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 8388/2011 - CLASSE CNJ - 202 - COMARCA CAPITAL

Como bem destacou o parecer da ministerial às fls. 779-TJ, não há se falar também em limitação à oitiva somente das testemunhas que ocupam a área em litígio, uma vez que o artigo 407 do Código de Processo Civil não restringe esse direito:

“Em relação ao número de testemunhas a serem ouvidas, tenho que no presente caso 02 (dois) aspectos devem ser considerados: primeiro, as partes no processo tem o direito de arrolar testemunhas, independentemente, de estar na área, objeto do litígio ou não e segundo, deve ser respeitado o limite existente no ordenamento jurídico.

Ressalta-se que, em ações possessórias a discussão se restringe a discussão de quem detém a posse da propriedade, portanto, as testemunhas arroladas devem se ater a esse fato.

Art. 407...

Parágrafo único - É lícito a cada parte oferecer, no máximo, dez testemunhas; quando qualquer das partes oferecer mais de três testemunhas para a prova de cada fato, o juiz poderá dispensar as restantes

Uma vez respeitado o comando legal acima descrito, não pode o Juiz singular restringir tal direito.”

Diante do exposto alhures, deve ser anulado o processo desde a audiência de instrução em julgamento (fls. 283/288) para se proceder à regular instrução do feito.

Com tais considerações, em consonância com o parecer ministerial, CONHEÇO do recurso e lhe dou PARCIAL PROVIMENTO, para reconhecer a irregularidade quanto à substituição e oitiva das testemunhas arroladas pelos agravados, bem como a limitação das testemunhas a serem ouvidas, devendo o processo ser anulado desde a audiência de instrução em julgamento (fls. 283/288), a fim de se proceder à regular instrução do feito.

É como voto.

QUINTA CÂMARA CÍVEL
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 8388/2011 - CLASSE CNJ - 202 - COMARCA
CAPITAL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, a QUINTA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência do DES. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO, por meio da Câmara Julgadora, composta pelo DES. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO (Relator), DES. CARLOS ALBERTO ALVES DA ROCHA (1º Vogal) e DR. MARCELO SOUZA DE BARROS (2º Vogal convocado), proferiu a seguinte decisão: **RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. DECISÃO UNÂNIME.**

Cuiabá, 08 de junho de 2011.

DESEMBARGADOR SEBASTIÃO DE MORAES FILHO - PRESIDENTE DA
QUINTA CÂMARA CÍVEL E RELATOR

PROCURADOR DE JUSTIÇA