

TESES, ESTUDOS E
PARECERES DE PROCESSO CIVIL
de
JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

Volume 1

Direito de ação
Partes e terceiros
Processo e política

Volume 2

Jurisdição e competência
Sentença e coisa julgada
Recursos e processos de competência
originária dos Tribunais

Volume 3

Jurisdição constitucional das liberdades e
garantias constitucionais do processo
Execução de decisões do CADE
Processo cautelar
Outros estudos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Mesquita, José Ignacio Botelho de
Teses, estudos e pareceres de processo civil, volume 3 : jurisdição
constitucional das liberdades e garantias constitucionais do processo,
execução de decisões do CADE, processo cautelar, outros estudos / José
Ignacio Botelho de Mesquita ; apresentação José Rogério Cruz e Tucci,
Walter Piva Rodrigues, Paulo Henrique dos Santos Lucon. - São Paulo:
Editora Revista dos Tribunais, 2007. - (Coleção teses, estudos e pareceres
de processo civil ; 3)

Bibliografia.
ISBN 978-85-203-3091-3

1. Processo civil 2. Processo civil Brasil I. Tucci, José Rogério
Cruz c. II. Rodrigues, Walter Piva. III. Lucon, Paulo Henrique dos
Santos. IV. Título. V. Série.

07-4537

CDU-347.9

Índices para catálogo sistemático: 1. Processo civil : Direito civil 347.9

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

TESES, ESTUDOS E
PARECERES DE PROCESSO CIVIL

Volume 3

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES E
GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

EXECUÇÃO DE DECISÕES DO CADE

PROCESSO CAUTELAR

OUTROS ESTUDOS

Apresentação

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI
WALTER PIVA RODRIGUES
PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

uma designação *ad hoc*”; e o segundo que “no plano de divisão de competência é necessário, finalmente, que todas as atribuições estejam divididas” (*Divisão de Funções e o Juiz Natural*, Rev. de Proc. 48/127-128).

Esses princípios são contrariados quando o magistrado, por motivos não vinculados a qualquer critério anterior, abstrato, geral e objetivo, se destitui da competência legal para a causa e indica para julgá-la, como juiz *ad hoc*, o seu auxiliar.

E, se por acaso houvesse norma anterior sobre a distribuição da competência interna da Vara, que a não dividisse integralmente, deixando claros para serem preenchidos de caso para caso pelo juiz titular, essa norma, embora anterior, seria também contrária ao princípio do juiz natural.

3. Conclusão

15. O princípio do juiz natural atua do mesmo modo tanto sobre a competência externa quanto sobre a competência interna. Havendo na Vara dois ou mais juízes igualmente competentes, a competência interna deverá ser integralmente distribuída entre eles, mediante critérios prévios, abstratos, gerais e objetivos, vedada a designação entre eles de juiz *ad hoc*.

Transgride essa proibição o juiz titular que, sem admitir sua própria suspeição, remete processo de sua competência ao juiz auxiliar, declarando fazê-lo para obstar que prospere intuito procrastinatório atribuído ao excipiente.

A constituição de juiz *ad hoc* vincula o nomeado ao nomeante; o faz juiz de encomenda, associando-o à suspeição que se pretende evitar. A inconstitucionalidade é manifesta.

É o parecer.

9

PROVA: LIMITAÇÕES AO PODER DE INDEFERIR-LA¹

SUMÁRIO: 1. A questão – 2. Do poder de indeferir a prova – 3. Dos fundamentos da ação e da defesa – 4. Da relação entre o fato controverso e o direito em causa – 5. Conclusão.

A prova como direito. Política e processo. A relevância da prova como direito. Política e processo. A relevância da prova como limite do direito à sua produção. A proibida antecipação do resultado da prova. A não-submissão do direito à prova a limitações irracionais. A manifesta irrelevância da prova como critério para indeferir a sua produção. Aplicação ao caso concreto. Hipótese de assunção de dívida de terceiro, sem novação.

PARECER

1. A questão

1. Trata-se de decisão interlocutória que, em ação ordinária de cobrança proposta pela L. – S.E.S.A. contra a E. – E.S.P.S.A., indeferiu a produção de prova pericial requerida por esta última na condição de ré e reconvinte.

Indaga-nos a E. se seria lícito ao juiz, no caso concreto, indeferir a produção dessa prova.

Para responder a esta consulta temos que verificar primeiro dentro de que limites o direito situa o poder do juiz de indeferir a produção de uma prova requerida pela parte. Estabelecidos esses limites, cumprirá identificar as características do caso concreto e, finalmente, a partir delas,

¹ Parecer publicado “in” Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 325, p. 134-138.

constatar se, no caso, teria o magistrado excedido, ou não, os limites em que a lei circunscreve os seus poderes.

É o que passamos a fazer.

2. Do poder de indeferir a prova

2. Diante do poder que o Código de Processo Civil atribui ao juiz de “determinar as provas *necessárias* à instrução do processo, indeferindo as diligências *inúteis* ou meramente *protelatórias*” – (art. 130), e considerando, por outro lado, que em relação à parte a prova é geralmente considerada um ônus (imperativo do próprio interesse), cabe bem perguntar se, além disso, teria a parte um *direito* à prova; ou se simplesmente estaria sujeita ao que o juiz, discricionariamente, lhe determinasse ou lhe recusasse, arcando com os riscos conseqüentes.

Esta questão, embora fundamental, tem sido descurada entre os processualistas que, de modo geral, se mostram mais propensos a inseri-la em outro tema, o do direito de ação e de defesa, limitando-se a tipificar os eventuais excessos do magistrado como cerceamento do direito de defesa, mas não especificamente como uma violação do direito à prova.

Tal atitude corresponde em geral a épocas de exagerado fervor pelo princípio inquisitório, caracterizado pela negação de quaisquer direitos contra o órgão da jurisdição. Vem normalmente acompanhada da tendência de propugnar pela absorção do processo civil num sistema de jurisdição voluntária, consoante fora proposto por Baumbach.

Cuidando desse tema, S. Sentis Melendo observou um movimento pendular da história do processo, oscilando desde um extremo, em que considera o juiz como mero *espectador* do duelo entre as partes, um “convidado de pedra”, até o extremo oposto, em que o juiz se transforma num *ditador* do processo.² A ciência processual, de fato, tem-se revelado ao longo dos tempos, e com muita frequência, um verdadeiro espelho das aspirações filosóficas, políticas e econômicas dominantes, mas nem sempre tem ganhado com isto. A política, pelas paixões de que se alimenta, tende mais a soluções extremistas do que ao equilíbrio que necessita a balança da Justiça.

² V. “La Prueba”, 1918, p. 201.

A transformação do juiz em um ditador do processo, sob o lema “todo poder ao Judiciário”, conduz necessariamente a uma ilimitação dos poderes atribuídos ao órgão da jurisdição e, a par de suas indesejáveis implicações políticas, acaba negando à parte, no processo, qualquer outro direito que não seja o de, meramente, dar ocasião, ao juiz, para que exerça o seu poder incontrastável. Já assistimos a isto no passado na década de 1930, na Alemanha, com Baumbach, entre outros, assim como o vemos agora, entre nós com os propugnadores da tese de uma “justiça alternativa”. É o conhecido pêndulo, oscilando sempre entre os extremos.

Entre essas duas posições, e *in medio virtus*, aponta Sentis Melendo para a consideração do juiz como um *director do processo*, conforme proposto por Alcalá Zamora.³

Esta é a consideração que, principalmente, se tem destacado no plano do direito constitucional, campo em que mais fecundamente penetra a aspiração universal de garantir ao homem o direito à liberdade. “*La prueba es libertad*” – ensina Sentis Melendo. E acrescenta: “*Sin libertad no hay prueba*”.⁴

O *juiz director*, ao contrário do *juiz ditador*, tem poderes, mas também deveres. Seus poderes assim como seus deveres existem não só perante o Estado, que ele representa, mas também perante as partes, a quem a lei atribui, correspondentemente, sujeições e direitos subjetivos processuais. Entre eles o direito à prova, que hoje a Constituição da República expressamente garante; seja no garantir a todos “o devido processo legal” (art. 5.º, LIV), seja no assegurar aos litigantes “a ampla defesa, com os meios a ela inerentes” (idem, LV). A Constituição brasileira repele vivamente a figura do *juiz ditador*.

No plano do direito constitucional é conhecida, porém, a dificuldade em conciliar o direito da parte à produção da prova com o poder do juiz de, a bem da celeridade e da economia do processo, indeferir as provas que considere desnecessárias. Pode-se dizer que, em última instância, não é esta dificuldade senão uma das faces da velha questão: o que é melhor, julgar *bem* ou julgar *logo*?

³ *Op. cit.*, p. 202.

⁴ *Op. cit.*, p. 23.

3. Houve tempo em que o *Bundesverfassungsgericht* estabeleceu o princípio de que “as partes têm um direito constitucionalmente garantido de ver adquiridas pelo processo as provas indicadas e propostas que apresentem uma efetiva relevância ou utilidade para a resolução da controvérsia; a este direito corresponde o dever do juiz de dar ingresso a tais meios de prova, sob pena de violação do art. 130, primeira alínea, da *Grundgesetz*”.⁵

Sem embargo do imenso valor que apresenta desde logo a consideração da existência de um direito constitucional à produção da prova, o fato é que a fórmula adotada não era satisfatória; deixando ao juiz a liberdade de aquilatar da relevância da prova, arriscava esvaziar tal direito de qualquer conteúdo de ordem prática.

Desta insatisfação, nasceu o princípio da proibição da antecipação do resultado da prova (*Verbot der Beweisanticipation*), no sentido de que “o valor, a atendibilidade ou (dentro de certos limites) a relevância mesma de um meio de prova não podem ser aquilatados antes que a própria prova tenha sido adquirida pelo processo” (idem, p. 521). Constitui ele sem dúvida um avanço, mas ainda carente de precisão maior, que atendesse realmente às exigências do dia-a-dia da experiência jurídica.

O aprimoramento veio mais tarde, consoante a exposição, ainda, de Nicolás Trocker, mediante a fixação do princípio de que o direito à prova “não deve ser subordinado a limitações irracionais derivadas de avaliações apressadas ou preconceituosas” (idem, p. 525), devendo tomar-se o critério da “relevância” não mais no sentido positivo, mas no negativo; ou seja: só será lícito ao juiz indeferir a produção da prova, no caso de sua “manifesta irrelevância” (idem, p. 527).

4. A importância desse critério não se faz presente naqueles casos em que, por expressa disposição legal, a prova é inútil (art. 334 do Código de Processo Civil) ou inidônea (arts. 351 e 356 do Código de Processo Civil), mas sim naqueles outros, para os quais não há previsão legal, cabendo ao juiz, a seu prudente arbítrio, avaliar a utilidade da prova.

Dentre estes, a hipótese mais delicada e que com maior frequência se manifesta é a dos casos que Carnelutti denomina de *intranscendência* ou

impertinência da prova. Ocorrem quando a prova é requerida “para demonstrar fatos tais que, mesmo quando se demonstre que são verdadeiros, não são interessantes para a decisão”.⁶

O ponto é delicado porque, conforme assinalado por Carnelutti, o juízo de transcendência ou de pertinência da prova é um juízo “que se refere a ela”, e é muito tênue a linha que, nesses casos, separa o juízo sobre a prova do juízo sobre o fato a ser provado. Grande é o risco de se transformar o juízo sobre a prova em juízo sobre o mérito da causa, importando prejulgamento da ação ou pré-constituindo o resultado da demanda.

Precisamente para evitar que tal desbordamento ocorra é que se mostra importantíssima a exigência de que seja *manifesta a irrelevância* da prova, para que o juiz a possa indeferir.

5. Neste sentido, acompanhando a lição de L. Rosenberg, podemos dizer que relevantes são todas aquelas alegações de fato que, se tomadas em consideração pela sentença, conduziriam a uma decisão diferente daquela que seria dada, no caso de não serem levadas em conta.⁷

Ou, em outras palavras, *manifestamente irrelevantes* são aquelas alegações de que nenhuma diferença faria para a sentença, quer fossem, quer não fossem tomadas em consideração. Alegações, pois, insuscetíveis, *a priori*, de constituir fundamento para uma sentença *favorável à parte que pretende a produção da prova*.

Fora desse caso, acima do poder discricionário do juiz, coloca-se o direito subjetivo constitucional da parte à produção da prova pretendida. A ofensa a esse direito traz como consequência a pré-constituição do resultado do processo, atentando contra o direito ao devido processo legal e à ampla defesa. Ambos elevados hoje ao *status* de direitos fundamentais.

Vejamos, agora, o que aconteceu no caso concreto.

3. Dos fundamentos da ação e da defesa

6. Fundou-se a ação no fato da recusa da ré em cumprir uma obrigação contratualmente assumida. Fundou-se a defesa na alegação de

⁶ V. “Sistema de Derecho Procesal”, IV, p. 225.

⁷ V. “Tratado de Derecho Procesal Civil”, II, p. 210, n. 3.

⁵ Nicolás Trocker, “Proceso Civile e Costituzione”, 1974, p. 520.

fato novo modificativo do direito da autora, de que decorreria, para a ré, não só o direito de não cumprir o avençado, como também o de exigir da autora a restituição do que, em razão da mesma avença, lhe fora pago. A ré, por isso, não apenas contestou, como reconveio. A prova indeferida pelo juiz tinha por objeto exatamente o fato em que a ré fundara a sua defesa e a reconvenção.

Esta, em síntese, é a estrutura do caso, que agora passamos a detalhar para uma análise mais acurada.

7. Pretende a autora a condenação da ré ao cumprimento de uma obrigação que fazia parte do preço pelo qual a autora vendera à ré o denominado “Subsistema L. – São Paulo”.

Consistia essa obrigação no dever contraído pela E. de prestar à L. o valor por esta devido a seus credores externos em razão de investimentos realizados no aludido “Subsistema”. Exatamente por isto, as parcelas a este título devidas pela E. à L. deveriam ser prestadas em prazos imediatamente anteriores ao vencimento das prestações devidas aos credores externos e no mesmo montante, calculado este em moeda estrangeira, convertida em cruzeiros ao câmbio da data do vencimento no exterior.

Sobre a natureza desta obrigação, revelaram-se concordes ambas as partes: tratava-se de *assunção* de obrigação em moeda estrangeira, ao abrigo do disposto no art. 2.º, V, do Dec.-lei 857/1969. Assim entendeu a ré em sua contestação (f.) e com ela concordou a autora (fs. 500 e 511).

8. Em sua defesa, como se disse, alegou a ré fato novo, do qual, no seu entendimento, lhe resultava não só o direito de não cumprir a aludida obrigação, como também o de demandar a restituição do que antes, a esse título, indevidamente pagara.

Consistiu esse fato, em síntese, na circunstância de que a autora não estava tendo que mobilizar recursos próprios para saldar sua dívida, posto que, mediante operação realizada com o B.B.S.A, estava se servindo para tanto de recursos por este último fornecidos.

Nesse fato, fundou seu direito de não pagar nas condições originalmente pactuadas, mas, sim, nas condições mais benéficas pelas quais a L. contratara com o B.B. a assim denominada “rolagem” da sua dívida externa. Com base no mesmo fato, alegou ainda terem sido indevidos os pagamentos que anteriormente fizera, motivo pelo qual, em reconvenção,

demandou a restituição do indébito, qualificando como enriquecimento ilícito a vantagem que desses pagamentos auferiu a L.

Em suma, nesse fato apoiou a ré, inteiramente, tanto a exceção (de direito material) como a reconvenção propostas no processo. Assim, para acolher a exceção ou a reconvenção, era nele que, necessariamente, teria que se apoiar a sentença.

9. Este fato foi parcialmente impugnado pela autora. Em sua réplica, no tópico atinente ao “refinanciamento da dívida externa da autora-reconvinda”, disse ela textualmente: “a) Quando a autora-reconvinda paga seus compromissos externos, quer mediante emprego do mecanismo acima descrito, quer *despendendo recursos próprios*, ela está ao mesmo tempo pagando a dívida externa pela qual a ré-reconvinte se obrigou, uma vez que os contratos assinados com os credores estrangeiros não sofreram qualquer alteração, continuando a autora-reconvinda, e somente ela, a figurar como tomadora e devedora dos empréstimos” (f.). A mesma impugnação é reproduzida na resposta à reconvenção (f.).

Admitida só parcialmente a veracidade do fato constitutivo do direito afirmado pela ré e reconvinte, incumbia a ela ônus da prova quanto à parte não admitida. No caso, a prova pericial, que foi requerida, primeiro, na contestação (f.) e, depois, na especificação das provas -- por ordem do juiz (f.).

4. Da relação entre o fato controverso e o direito em causa

10. Ao decidir sobre a produção da prova requerida pela E., assim se manifestou o juiz: “A perícia requerida pela ré-reconvinte fica igualmente indeferida, pelo menos por ora, pois somente será cabível no caso de eventual procedência da reconvenção” (f.). Em outras palavras, não vislumbrou o magistrado nenhuma relação entre o fato alegado e o mérito da ação e da reconvenção, por força da qual pudesse a procedência de uma, ou de outra, ficar na dependência da veracidade do fato alegado.

Incorreu esta decisão no defeito a que aludira N. Trocker de subordinar a produção da prova a “limitações irracionais, derivadas de avaliações apressadas ou preconceituosas”. É fora de dúvida que um pouco mais de reflexão teria impedido que o magistrado desconhecesse o nexos evidente entre o fato alegado e a procedência da exceção e da

reconvenção, eis que ele constituía, nada mais, nada menos, que a *causa petendi* de ambas. Matéria de conhecimento imprescindível à direção do processo, já que, consoante salientado por Sentis Melendo, “só se pode dirigir aquilo que conhece”.⁸

Mas não só. Influíu claramente na decisão um preconceito: por desconhecer, talvez, a natureza jurídica da obrigação em causa, nela não viu o magistrado mais do que uma obrigação de pagar o preço da compra e venda. Foi levado, por isto, a não ver relação alguma entre o fato alegado e o eventual direito da ré de recusar-se a prestar o que ficara avançado. Ao conceito antepôs-se o preconceito.

Esta relação, no entanto, desponta claramente a partir da consideração de que, a título de preço, é possível convencionarem-se negócios jurídicos os mais variados, como a doação a terceiro, o comodato, e, entre outros mais, a assunção de dívida, com ou sem novação.

11. Embora não nominadamente disciplinada no direito brasileiro, a assunção de dívida sem novação, como figura negocial autônoma, não apenas existe – tanto que a ela se refere expressamente o já citado Dec.-lei 857/1969 – como também é amplamente conhecida, assim no direito comparado, como no direito brasileiro.

A seu respeito, disse A. von Thur: “Da assunção de dívida que faz entrar na obrigação um novo devedor, há que distinguir o contrato por meio do qual uma pessoa, X, promete ao devedor, B, assumir sua dívida para com o credor, C. A menos que outra coisa se determine, esta promessa não obriga X a assumir cumulativamente a dívida, mas a dela eximir B. Por isto, este contrato, ao qual o Código Civil alemão dá o nome de ‘assunção de cumprimento’ e que os comentaristas do Direito suíço qualificam de ‘assunção interna de dívida’, deveria denominar-se a rigor como *promessa de liberação*”.⁹

A liberação prometida pode realizar-se por diversos modos, inclusive saldando o promitente diretamente o crédito de que é titular o credor do promissário: e admite, a teor do que dispõe o art. 175, 3, do Código

⁸ *Op. cit.*, p. 200.

⁹ V. “Tratado de las Obligaciones”, 1934, II, p. 332; *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 1974, Band II, p. 382.

das Obrigações suíço, a prestação de garantia por aquele que assume a obrigação de liberação. “Estas garantias – esclarece Von Thur – devem, a nosso juízo, interpretar-se no sentido de uma cobertura de fundos: X deverá pôr à disposição do (primitivo) devedor os fundos necessários para saldar a dívida, para que, ao vencer esta, o devedor não se veja na precisão de ter que pagá-la de seu bolso”.¹⁰

Sob o título *Erfüllungsbühernahme* (assunção de cumprimento) dispõe também o Código Civil alemão (BGB): “§ 329. Se uma das partes, em um contrato, se obrigar à satisfação de um credor da outra parte, sem tomar a seu cargo a dívida, não se admitirá, na dúvida, que o credor de modo imediato, adquira o direito de exigir dele a satisfação.”

Em suma, foi exatamente o negócio jurídico em que se fundou a ação proposta pela L. Trata-se de uma promessa de *liberação*, em que o promitente se obrigou a garantir a liberação prometida, prestando antecipadamente ao primitivo devedor, a L., as prestações da dívida desta com seus credores externos, para que, ao se vencerem, não se visse a L. na contingência “de ter que contar com seu próprio dinheiro” (“*aus eigenem Gelde zahlen zu müssen*”).

Esta estrutura negocial mostra claramente que o escopo ou a função de negócio jurídico de promessa de liberação não é o pagamento de determinada soma a quem a promessa foi outorgada, mas o de eximi-lo de ter de lançar mão de recursos próprios para pagamento do seu credor. Tanto assim que, se o outorgante da promessa de liberação não a cumprir e, vencida a dívida, se vê o outorgado forçado a despendar recursos próprios para pagá-la, dar-se-á, em consequência, a *conversão* da obrigação de liberação “no direito de exigir (do outorgante) que lhe *reembolse* o que foi abonado ao credor”.¹¹ O que nasce é apenas uma pretensão ao reembolso (*Anspruch auf Erstattung*) do que foi dispendido dos recursos próprios.

Visto, portanto, esse negócio na sua exata configuração, percebe-se com clareza que dele não se origina um crédito para o outorgado contra o outorgante, mas apenas um direito à liberação, em nada importando como o devedor saldará a dívida. Conforme esclarece Pontes de Miran-

¹⁰ *Idem, ibidem.*

¹¹ *Idem*, p. 333.

da, “pode o assumente pagar, dar em soluto, consignar”.¹² Daí havê-lo denominado, o eminente jurista, de “assunção de adimplemento”.¹³

12. As pretensões que desse negócio jurídico se originam, para o promissário. são: (a) a de exigir que o promitente satisfaça o credor; (b) a de exigir que o promitente lhe forneça os fundos necessários para que ele, promissário, no vencimento, pague ao credor; e (c) a de exigir que, vencida a dívida e solvida com dinheiro próprio, lhe reembolse o promitente a importância dispendida.

Quid juris se, paralelamente, o promissário convencionou novo negócio jurídico com terceiro, de quem obtém a promessa de liberação da mesma dívida, com a obrigação de também lhe prover os fundos necessários à satisfação do débito, em condições mais vantajosas do que as convencionadas com o credor?

Afinal, foi isto o que ocorreu no caso em exame e foi este o fato novo alegado pela E. como fundamento, tanto da sua exceção como da reconvenção.

13. Salta à vista que se trata de duas promessas de liberação *concorrentes*, pois têm exatamente o mesmo objeto: prover os mesmos fundos para a liberação da mesma dívida.

Tendo presente que a dívida só pode ser satisfeita uma única vez, torna-se juridicamente impossível ao promissário pretender de ambos os promitentes o cumprimento das respectivas promessas. O cumprimento por um exclui o cumprimento pelo outro, eis que é impossível liberar alguém de uma obrigação da qual já esteja liberado.

A consequência da liberação do devedor por um dos promitentes outra não pode ser senão a extinção da obrigação de liberação assumida pelo outro.

Assim, *provado* que a dívida da L. vem sendo paga pelo B.B.S.A., em virtude de promessa de liberação concorrente, considera-se extinta a obrigação de liberação assumida pela E., tendo-se por indevido qualquer pagamento de dívida já extinta.

Daí não só a pertinência da alegação da E., como também a relevância da prova do fato alegado.

14. Dir-se-á que a extinção pura e simples da obrigação de liberação assumida pela E. importaria para ela um enriquecimento sem causa, já que esta obrigação integrou o preço da compra e venda do “Subsistema L. – São Paulo”.

Sem dúvida.

O remédio para este mal, no entanto, tem que ser encontrado no próprio direito. Para problemas jurídicos, soluções jurídicas, e não imposições arbitrárias de autoridades ditatoriais.

A hipótese é de liberação do devedor por ato de terceiro estranho à relação nascida da promessa de liberação: o credor foi pago mas com recursos de terceiro, não pertencentes nem ao promissário, nem ao promitente.

Ocorrendo essa hipótese, podem ocorrer dois casos diferentes: ou o terceiro solveu a título gratuito, ou solveu a título oneroso, ficando o promissário a dever-lhe a importância paga. Este caso é análogo ao do promissário que, no vencimento da dívida, paga ao seu credor. Análogo, mas não idêntico, porque o promissário aqui não mobilizou recursos próprios. Não desembolsou ainda, mas irá fazê-lo nas condições e prazos ajustados com o terceiro. Esses dois casos têm em comum a obrigação de reembolso a cargo do promitente originário, na qual se converte, conforme a lição de Von Thur, a obrigação de liberação.

Assim, a obrigação da E. de liberar a L. de sua dívida externa se resolve na obrigação de reembolsar o que a L. tenha pago, ou venha a pagar, ao Banco do Brasil.

15. Outra solução – como a de considerar-se extinto o próprio negócio jurídico de promessa de liberação, restando apenas a obrigação de completar o preço da compra e venda em idêntico valor – não proporcionaria a L. os mesmos resultados que a conversão pela qual nos inclinamos.

E não os proporcionaria porque, feita a ablação da “assunção de dívida”, cairia o negócio sob a proibição de convencionar em moeda estrangeira e de cobrar encargos diversos dos internamente admitidos.

¹² V. “Tratado”, XVIII, p. 262.

¹³ *Idem. ibidem.*

Incidiria o art. 1.º do Dec.-lei 857/1969. Não seriam devidos a variação cambial nem os juros convencionados com o credor externo.

5. Conclusão

16. Sintetizando o que acima ficou exposto, podemos concluir que as partes têm um direito constitucionalmente assegurado de ver adquiridas pelo processo as provas requeridas, a menos que estas se revelem *manifestamente irrelevantes* para a resolução da controvérsia; a este direito corresponde o dever do juiz de dar ingresso a tais meios de prova, sob pena de violação dos incisos LIV e LV do art. 5.º da Constituição da República.

Fora dos casos em que, por expressa disposição de lei, a prova deva considerar-se dispensável ou inidônea (*e.g.*, arts. 334, 351 e 356 do Código de Processo Civil), somente deverão ser consideradas como *manifestamente irrelevantes* as provas que tenham por objeto fatos insuscetíveis, *a priori*, de constituir fundamento para uma sentença favorável à parte que pretende produzi-las.

17. No caso examinado, o negócio jurídico em que se fundou a ação consistiu numa promessa de liberação de obrigações da autora perante seus credores externos. Contra a pretensão da autora de receber da ré o valor dessas obrigações, opôs a ré fato novo modificativo do direito em que se fundara a ação.

Consistiu este fato na circunstância de que, em razão de outra promessa de liberação das mesmas obrigações, que fora outorgada por terceiro, ditas obrigações vinham sendo satisfeitas com recursos deste, e não da autora, encontrando-se esta dispensada de desembolsar recursos próprios para solver a sua dívida externa.

Com fundamento nesse fato a ré pediu a improcedência da ação e, em reconvenção, demandou a restituição das importâncias que indevidamente pagara para liberação das obrigações já liberadas por ato de terceiro.

18. No plano de direito material a alegação era, como de fato é mesmo, inteiramente pertinente. O fato alegado, se provado, faria com que a promessa de liberação outorgada pela ré se resolvesse em *obrigação*

de reembolso, a favor da autora, tendo por objeto as importâncias que esta, de seu bolso, passara a dever ao terceiro.

No plano do direito processual, por sua vez, independentemente da qualificação jurídica do negócio e dos fatos alegados, a prova era relevante. O fato a ser provado constituía o fundamento, tanto da exceção de direito material como da ação reconvenção. Como tal, constituía o fundamento necessário para uma sentença favorável à ré, tanto na ação como na reconvenção. Daí a sua indiscutível e manifesta relevância.

19. Logo o indeferimento da prova pericial requerida para demonstrar a verdade desse fato importou, a um só tempo, ofensa ao direito à produção da prova, constitucionalmente assegurado, e também violação do dever que o art. 130 impõe ao juiz, de determinar a produção das provas necessárias à instrução do processo.

É o meu parecer.