

REVISTA DE PROCESSO

Ano 36 • vol. 202 • dezembro / 2011

Direção

ARRUDA ALVIM

Coordenação

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

CONSELHO INTERNACIONAL – Andrea Proto Pisani (Itália), Carlos Ferreira da Silva (Portugal), Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México), Eduardo Oretiza (Argentina), Emmanuel Jeuland (França), Federico Carpi (Itália), Francesco Paolo Luiso (Itália), Hans Prütting (Alemanha), Héctor Fix-Zamudio (México), Italo Augusto Andolina (Itália), Jairo Parra (Colômbia), Joan Picó i Junoy (Espanha), José Lebre de Freitas (Portugal), Linda Mulrenix (USA), Loïc Cadet (França), Lorena Bachmaier Winter (Espanha), Luigi Paolo Conoglio (Itália), Mario Pisani (Itália), Michele Taruffo (Itália), Miguel Teixeira de Sousa (Portugal), Neil Andrews (Inglaterra), Paula Costa e Silva (Portugal), Pedro Juan Bertolino (Argentina), Peter Gillies (Alemanha), Peter Gottwald (Alemanha), Roberto Benzone (Argentina), Roger Perrot (França), Rolf Stürner (Alemanha), Sergio Chantoni (Itália), Ulrich Haas (Suíça), Victor Fairén Guillén (Espanha), Vincenzo Vigoniti (Itália), Walter Rechberger (Áustria), Wolfgang Grunsky (Alemanha).

CONSELHO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Antonio Gidi, Dierle Nunes, Eduardo Cambi, José Carlos Barbosa Moreira, Nelson Nery Junior, Ronnie Preuss Duarte.

CONSELHO DE ORIENTAÇÃO – Thereza Celina de Arruda Alvim (presidente) – Ana Cândida da Cunha Ferraz, Celso Antônio Bandeira de Mello, Clito Fornaciari Junior, E. D. Moriz Aragão, Edgard Lippman Jr., Eduardo Ribeiro de Oliveira, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrichi, Fernando da Costa Tourninho Filho, Galeno Lacerda, Gentil do Carmo Pinto, Gilberto Quinzanilha Ribeiro, Hélio Tornaghi, Hermínio Alberto Marques Porto, João Batista Lopes, José Afonso da Silva, José Augusto Delgado, José Carlos Barbosa Moreira, José Carlos Moreira Alves, José Eduardo Carreira Alvim, José Ignacio Botelho de Mesquita, Luiz Fux, Marcelo Zarif, Milton Luiz Pereira, Moacyr Lobo da Costa, Mozart Victor Russomano, Petronio Calmon Filho, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Sebastião de O. Castro Filho, Sérgio Ferraz, Sydney Sanchez, Teori Albino Zavascki.

CONSELHO EDITORIAL – Luiz Manoel Gomes Jr. (responsável pela seleção e organização do material jurisprudencial) – Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Freitas Câmara, Amauri Mascaro do Nascimento, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Antonio Carlos Marcato, Antônio Janyr Dall'Agnol Jr., Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Araken de Assis, Athos Gusmão Carneiro, Cândido Rangel Dinamarco, Cassio Mesquita de Barros Junior, Dirceu de Mello, Donald Arnelin, Edson Ribas Malachini, Emílio Bastos de Barros, José Horácio Cintra Gonçalves Pereira, José Rogério Cruz e Tucci, Jurandyr Nilsson, Kazuo Watanabe, Marcos Afonso Borges, Milton Evaristo dos Santos, Milton Paulo de Carvalho, Nelson Luiz Pinto, Nelson Nery Junior, Rodolfo de Camargo Mancuso, Rogério Lauria Tucci, Roque Komatsu, Sérgio Bermudes, Vicente Greco Filho.

CONSELHO DE REDAÇÃO – Alcides Munhoz da Cunha, Angélica Muniz Leão de Arruda Alvim, Antonio Alberti Neto, Antonio Carlos Mattes de Arruda, Antônio Cezar Peluso, Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Antonio Gidi, Antonio Rigolin, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto Carmona, Carlos Eduardo de Carvalho, Carlos Roberto Barbosa Moreira, Cassio Scarpinella Bueno, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Eduardo Cambi, Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Eduardo Talamini, Elisabeth Lopes, Fábio Luiz Gomes, Flávio Cherm Jorge, Flávio Renato Correia de Almeida, Flávio Varsheil, Francisco Duarte, Francisco Glauber Pessoa Alves, Fredie Didier Jr., Gilson Delgado Miranda, Gisela Zilsch, Gisela Heiloisa Cunha, Gleydson Kieber Lopes de Oliveira, Henrique Fagundes Filho, James José Martins de Souza, Joaquim Felipe Spadoni, José Eduardo Carvalho Pinto, José Miguel Garcia Medina, José Roberto Bedaque, José Scarance Fernandes, Leonardo José Carneiro da Cunha, Luiz Edson Fachin, Luiz Fernando Belinetti, Luiz Guilherme Marioni, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Sérgio de Souza Rizzi, Luiz Vicente Pellegrini Porto, Mairan Maia Jr., Manoel Caetano, Marcelo Abêtha Rodrigues, Marcelo Bertoldi, Marcelo Lima Guerra, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Marcus Vinicius de Abreu Sampaio, Odilon Ferreira Nobre, Oreste Nestor de Souza Laspro, Patricia Miranda Pizzol, Paulo Henrique dos Santos Lucion, Pedro Dinamarco, Rita Giarresini, Rodrigo da C. Lima Freire, Ronaldo Bretas de C. Dias, Rubens Lazzarini, Rui Geraldo Camargo Viana, Sérgio Gilberto Porto, Sérgio Ricardo A. Fernandes, Sérgio Seiji Shimura, Sidnei Agostinho Benetti, Sônia Marcia Hase de Almeida Baptista, Suelcy Gonçalves, Ubiratan do Couto Maurício, Victor Bonfim Martins, William Santos Ferreira, Willis Santiago Guerra Filho.

CONSELHO DE APOIO E PESQUISA – Adriano Perácco de Paula, André de Luiz Correia, Cláudia Cimardi, Cláudio Zarif, Cleunice Pitombo, Cristiano Chaves de Farias, Daniel Mididiero, Fabiano Carvalho, Fernando Zeni, Fernão Borba Franco, Francisco José Cahali, Graziela Martins, Gustavo Henrique Righi Badari, José Carlos Puoli, José Sebastião Fagundes Cunha, Leonardo Lins Morato, Maria Elizabeth Queijo, Maria Lúcia Lins Conceição, Maria Thereza Assis Moura, Rita Vasconcelos, Roberto Portugal Bacellar, Robson Carlos de Oliveira, Rodrigo Baroni, Rogéria Doti Dorra, Rogério Licastro Torres de Mello, Sandro Gilbert Martins.

ISSN 0100-1981

REVISTA DE PROCESSO

Ano 36 • vol. 202 • dezembro / 2011

Direção

ARRUDA ALVIM

Coordenação

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP



Repositório de jurisprudência autorizado pelo Superior Tribunal de Justiça, pelos Tribunais Regionais Federais das 1.ª, 4.ª e 5.ª Regiões, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

PROVA EMPRESTADA

ARRUDA ALVIM

Professor Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP, Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Processual

RESUMO: No presente parecer, discute-se a possibilidade de se usar prova emprestada, de um para outro processo, em que o objeto material e as partes sejam os mesmos.

RISASSUNTO: In questo parere, si discute la possibilità di usarsi prova "presa in prestito" (denominazione adottata in Brasile), dall'uno all'altro processo, nel quale l'oggetto materiale e le parti siano gli stessi.

PALAVRAS-CHAVE: Prova emprestada - Perícia - Contraditório - Suporte fático - Partes - Validade - Direito intertemporal.

PAROLE CHIAVE: Prova "presa in prestito" - Perizia - Contraddittorio - Supporto di fatto - Parti - Validità - Diritto intertemporale.

SUMÁRIO: 1. A consulta - 2. Síntese do necessário para a emissão do parecer - 3. Da plena validade da prova emprestada, no caso vertente.

1. A CONSULTA

Consulta-nos KMS (denominação fictícia), por intermédio de seu ilustre advogado, a respeito da ação de execução que move contra *Indústria S.A.* e *ANG Ltda.* (denominação fictícia), em trâmite perante a 1.ª Vara Cível da Capital, bem como sobre os embargos do devedor propostos pelas empresas executadas, particularmente quanto à utilização da prova pericial produzida nos autos da ação monitoria que tem as mesmas partes e cujo objeto da discussão

é substancialmente igual (ou seja, em ambos os processos, trata-se de crédito da consulente contra a sua mesma devedora, em decorrência dos mesmos negócios) e tramita perante o mesmo Juízo, nos autos dos embargos do devedor que se processam em apenso à ação executiva, como prova emprestada.

Adiantamos a nossa opinião no sentido de que tal providência não é apenas possível, mas também desejável para o correto andamento da Justiça, conforme melhor se abordará adiante. Quer dizer, o laudo pericial que legitimamente se produziu nos autos da ação monitoria, (depositado em cartório para que, no momento oportuno e por ordem do magistrado, fosse juntado aos autos), no qual, firme e convincentemente se demonstra a existência e quantificação do crédito em favor da consulente, serve soberanamente, sob todos os aspectos, como prova aos embargos de devedor.

Para a realização deste parecer, foram-nos enviadas cópias integrais da ação de execução (autos do processo n.), cópias integrais dos embargos do devedor (autos do processo n.), bem como as principais peças da referida ação monitoria (autos do processo n.).

2. SÍNTESE DO NECESSÁRIO PARA A EMISSÃO DO PARECER

A consulente, tendo em vista a existência de crédito em seu favor, decorrente de contrato que foi denominado de “contrato internacional de pré-pagamento de fornecimento de mercadorias”, mais especificamente, no particular, em razão de obrigação assumida através de uma *Escritura pública de contrato de compra e venda com pré-pagamento e garantia hipotecária*, na qual figuram como devedoras a *Indústria S.A.* (primeira das rés) e a *ANG Ltda.* (segunda das rés), detêm a qualidade de garantidora, contrato este relacionado om negócios de exportação de determinado produto (omitiu-se a natureza do produto exportado) pela *Indústria S.A.* (primeira das rés). Ajuizou a consulente contra referidas empresas: (a) *Ação de execução por quantia certa* (proc. n.), relativamente ao valor que, em reais, corresponderia a US\$ 6.000.000,00 (valor principal, a ser corrigido monetariamente), que pelas executadas veio a ser embargada, suspendendo-se, por esta razão, o curso da ação executiva (autos n.); e, ainda (b) *Ação monitoria* (autos n.), decorrente do mesmo contrato já referido, objetivando a cobrança do restante valor devido, que, em reais, corresponderia a US\$ 3.500.000,00, ações com identidade de partes e que tramitam perante o mesmo Juízo.¹

Verifica-se, com absoluta facilidade, que as referidas ações (de execução e, consequentemente, a ação monitoria) propostas pela consulente contra referidas empresas, tiveram o mesmo suporte fático, vale dizer, ambas as ações nasceram ante o inadimplemento da Indústria S.A. em relação ao pagamento de vultosa soma em dinheiro, oriunda de contrato que foi denominado de “contrato internacional de pré-pagamento de fornecimento de mercadorias”, como se afirmou.

Tendo em vista que os créditos pleiteados pela consulente, nas duas ações – execução e monitoria – são referentes a parcelas da mesma série de operações comerciais, e nascidas precisamente com o mesmo instrumento contratual, em que se formalizou o negócio todo, requereu ela, em 14.04.2000,² a juntada do laudo pericial produzido na ação monitoria (autos do processo n., depositado em cartório em 31.01.2001 para que, no momento oportuno e por ordem do Ilustre magistrado, fosse juntado aos autos) aos autos dos embargos do devedor, como prova emprestada, o que foi deferido na mesma data, mas sendo efetivamente juntado apenas em 21.06.2002.

Intimada a embargante, apresentou sua impugnação à juntada do referido laudo pericial, a título de prova emprestada, sob as seguintes alegações e pedido:

(a) que prova pericial incluir-se-ia na categoria das provas orais, a serem produzidas, em seu desfecho, necessariamente em audiência, e que por tal motivo não poderiam ser tomadas por empréstimo em outros processos;

(b) que a referida prova seria nula porque elaborada enquanto a ação monitoria estaria supostamente com o seu curso suspenso; e

(c) que deveriam as embargantes terem sido cientificadas da data e local designados pelo juiz para ter início a produção da prova, nos termos do art. 431-A do CPC;

(d) requereu, finalmente, por “sua imediata remoção, na forma da lei” (f.). Sem razão, contudo, como se verá adiante mais de espaço.

Na sentença que julgou os embargos opostos nos autos da execução, como não poderia deixar de ser, decidiu o Ilustre magistrado pela total improcedência da ação, considerando amplamente lícitos e legais tanto o empréstimo da prova, quanto a substância em si do laudo pericial elaborado por ocasião da instrução probatória da ação monitoria.

1. Nota do autor: valores alterados, preservando-se a coerência com a soma das parcelas observada no caso que foi objeto da consulta.

2. Nota do autor: datas modificadas, respeitando-se a sequência dos eventos relevantes, tais como a data da entrada em vigor do Novo Código Civil –, a fim de preservar o sigilo quanto à identidade das partes envolvidas.

Extraem-se dessa sentença os seguintes trechos elucidativos:

“É fato incontroverso, também, a existência do processo monitorio (...), no qual a embargada persegue o recebimento do outro valor que, somado ao pretendido nesta ação, é muito aproximado ao valor reconhecido pela embargante no referido documento.

Ante o deferimento (f.), por este juízo a título de ‘prova emprestada’, da juntada do laudo pericial existente na ação monitoria acima mencionada, impugnaram as embargantes a ‘prova emprestada’ (f.).

(...)

Quanto à argumentação de que a mencionada prova emprestada não foi objeto de contraditório, tal afirmação não se sustenta pelos próprios atos existentes no processo de onde se origina a prova emprestada. Ali, as embargantes juntaram ‘laudo pericial divergente’ que contém mais de duas centenas de folhas onde exaure a questão probatória por ela entendida.

Para o mal pagador tudo é motivo para procrastinar o julgamento, e, consequentemente, o pagamento; e, por conseguinte, impedir que se consiga fazer do processo algo efetivo.

(...)

Em relação à validade da pericia no processo (autos da ação monitoria), acostada a estes autos pela embargada, como prova emprestada, não ocorreu a proclamada nulidade, também alegada naquele processo.

A pericia foi realizada, as embargantes ofereceram quesitos e indicaram assistente técnico e o perito apresentou o laudo em cartório, sendo este juntado após a normalização do processo.

Da mesma forma, não há que se falar na nulidade do ato por falta do cumprimento do art. 431-A, visto que este artigo foi acrescentado pela Lei 10.358/2001, que entrou em vigor em 28.03.2002, portanto, posterior à elaboração do laudo pericial.³

Dessa forma, sendo a pericia válida nos autos do Processo 1.089/1998, que tramita neste mesmo juízo, tendo como partes as mesmas destes embargos, e ainda, (tendo) a pericia avaliado o negócio entabulado pelas partes e os créditos existentes da embargada com a embargante Indústria S.A., entendendo válido o

3. Quanto a este fundamento, intrinsecamente correto e procedente, deve-se dizer que, conquanto as leis processuais tenham aplicação imediata, não comportam aplicação retroativa, ou seja, para fatos anteriores à sua vigência, dado que esses fatos anteriores encontram-se consumados na vigência de outra lei.

seu aproveitamento nestes autos, restando superada a questão incidental oposta pelas embargantes” (f.).

Inconformadas com a sentença prolatada nos embargos à execução, interuseram as embargantes recurso de apelação, argumentando, em resumo e no que se refere à prova emprestada, o seguinte:

(a) que a admissão dessa prova emprestada tornaria necessária a produção de outros meios de prova, em especial a realização de audiência de instrução e julgamento;

(b) que essa prática resultou em adoção de procedimento inadequado, afrontando o princípio do devido processo legal; e

(c) que as provas periciais, por serem provas “orais”, jamais poderiam ser emprestadas, devendo ser produzidas dentro de cada processo (f.).

É o resumo do imprescindível para emitirmos nosso parecer, que circunscrever-se-á ao exame da legalidade e da validade do empréstimo de prova, tal como ocorrido no caso vertente, uma vez que já concluímos, em parecer a este precedente, e pelos motivos naquela oportunidade aduzidos, pela mais ampla validade e eficácia do laudo pericial produzido e juntado nos autos da ação monitoria.

3. DA PLENA VALIDADE DA PROVA EMPRESTADA, NO CASO VERTENTE

Citemos, preambularmente, dispositivo que encerra verdadeiro princípio, ao determinar que “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa” (art. 332 do CPC), evidentemente, com a exceção das provas obtidas por meios ilícitos, tal como vedado pela própria Constituição Federal (art. 5.º, LVI, da CF/1988).

O preceito processual citado está a demonstrar que a convicção do juiz deve ser estabelecida, ou atingida, através dos meios reconhecidamente idôneos, e não apenas pelos instrumentos especificados pelo Código de Processo Civil.^{4,5}

4. A esse respeito, assim nos manifestamos: “Não será por ter sido o legislador omissivo a respeito, ou então porque à época em que foi feita a lei se desconhecia, cientificamente, um meio de prova, que este não deve ser admitido. O que interessa é que o meio seja jurídico – isto é, não repellido pelo sistema, mas harmônico com este – como também moralmente lícito” (*Manual de direito processual civil*, 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 460, n. 168).

5. É também o entendimento de Humberto Theodoro Junior, ao referir-se às provas juridicamente admitíveis: “Mas não é atribuído apenas do Código de Processo Civil a

O que se quer dizer com isso é que o próprio sistema autoriza a liberdade da formulação da convicção do julgador através de meios de prova não especificados, o que demonstra a magnitude da importância da prova na estrutura processual.

Esse panorama, tal como desenhado pelo Código de Processo de 1973, está a satisfazer os reclamos atuais de que, “acima do formalismo, prevalece o anseio da justiça ideal, lastreada na busca da verdade material, na medida do possível”.⁶

A utilização da prova emprestada acaba inclusive por homenagear o princípio de economia. A repetição de uma prova já produzida (ou qualquer outro ato processual) traz prejuízos para a administração da justiça e para as partes. Perde-se tempo, e a tutela jurisdicional mais tardiamente será prestada. A repetição exige que se dispenda nova atividade judiciária em detrimento de outros serviços.⁷

O Prof. Nelson Nery Jr. chama a atenção para o essencial requisito da prova emprestada, o qual foi plenamente observado no caso dos autos, isto é, o respeito ao contraditório. São suas as palavras:

“A condição mais importante para que se de validade e eficácia à prova emprestada é a sua sujeição às pessoas dos litigantes, cuja consequência primordial é a obediência ao contraditório. Vê-se, portanto, que a prova emprestada do processo realizado entre terceiros é *res inter alios* e não produz nenhum efeito para aquelas partes.”⁸

discriminação dos meios de prova. De acordo com o art. 332, “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa” (*Curso de direito processual civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 1, p. 383, n. 424). Também Sergio Sahlone Fadel, para quem “o legislador, ciente disso, não pôs qualquer limitação à liberdade probatória: exige-se tão somente que os meios sejam legítimos moralmente, ou então que sejam os legais, isto é, previstos nas leis civis, comerciais, processuais, penais etc.” (*Código de Processo Civil comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Comentários ao art. 332, p. 411).

6. Humberto Theodoro Júnior, op. cit., p. 384, n. 424.

7. Também chamando atenção para esse aspecto econômico da prova emprestada, cf. Eduardo Arruda Alvim, *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Ed. RT, 1999. vol. 1, p. 512.

8. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. Nota 4 dos comentários ao art. 332, p. 693.

José Frederico Marques ensinava, quanto à prova emprestada:

“Que seja admissível tal prova, se nos afigura indiscutível, em face do que diz o art. 136, II, do CC/1916. Nem é obstáculo a isto a adoção da oralidade e da imediação, uma vez que as provas por precatória, onde há derogação dos aludidos princípios, é admitida pela própria lei processual.”⁹

Eduardo Couture, também admitindo amplamente a prova emprestada, chama a atenção, como requisito essencial, para a efetivação do contraditório, o que foi plenamente observado no caso dos autos: “El problema no es tanto un problema de formas de la prueba, como un problema de garantías del contradictorio”.¹⁰

Enfim, é possível afirmar que para a admissão da prova emprestada, dois são os requisitos: (a) a identidade da relação fática e (b) a identidade de partes.¹¹ Ambos, é de se destacar, se fazem presentes no caso em concreto, não havendo óbice algum ao reconhecimento da sua plena e absoluta validade, na hipótese dos autos.

A respeito desses requisitos, aliás, todos presentes no caso que nos é submetido, como já se allorou e fartamente se demonstra pela leitura dos autos, já decidiu o STJ:

“Inadmissibilidade para reavaliação de provas – Prova emprestada. Possibilidade de que sejam consideradas as produzidas no processo criminal, relativo ao mesmo fato, pois perfeitamente resguardado o contraditório (...).”¹²

E, bem recentemente:

“Administrativo – Desapropriação indireta – Ação de indenização – Prescrição vintenária – Incerteza quanto ao termo inicial – Ausência de prova nos autos – Prova emprestada – Contraditório indispensável – Inexistência de violação aos arts. 535, II, 131, 332 e 333 do CPC e 10, parágrafo único, do Dec.-lei 3.365/1941, na redação dada pela MedProv 2.183-56, de 24.08.2001.”¹³

De antigo julgado do TJSP, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, colhe-se a seguinte lição:

“Ninguém mais hoje em dia, entretanto, contesta a admissibilidade da chamada prova emprestada, face ao que dispõe o art. 136, II, do Código Civil. (...)”

9. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. III, p. 392, n. 772.

10. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1951. p. 160.

11. Nesse sentido, já pudemos nos manifestar. Op. cit., p. 459, n. 166.

12. RESP 135.777/GO, 3.ª T., j. 21.10.1997, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 16.02.1998.

13. RESP 526.316/SC, 2.ª T., j. 04.09.2003, rel. Min. Franciulli Neto, DJ 03.11.2003.

Tem-lhe a jurisprudência, outrossim, atribuído pleno valor, como mostra o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça, desde que ocorram os requisitos de identidade de fatos e de pessoas (RT 113/588 e RT 104/254)."

Esse julgado restou ementado da seguinte forma:

"Prova – Prova emprestada – Quando é admissível. Prova – Prova emprestada – Admissibilidade na espécie – Elementos colhidos em ação de alimentos provisionais, entre as mesmas partes e na qual se estabeleceu o contraditório – Decisão confirmada.

É admissível a prova emprestada quando tenha sido colhida mediante a garantia do contraditório, com a participação da parte contra quem deve operar."¹⁴

Reitere-se, nesse passo, que os requisitos da identidade das partes e do suporte fático, como se aflorou, são mais que evidentes no caso que ora apreciamos.

Respeitante ao requisito de que a prova emprestada verse sobre a mesma relação fática, percebe-se da mais superficial análise do processado se tratarem as duas ações – de execução e monitoria – nascentes da mesma relação jurídica entre as partes litigantes.

Mais do que isso: ainda que o direito da consulente tenha sido posto em duas ações distintas, para que estivesse em acordo com as normas do ordenamento processual civil, trata-se do mesmo direito, nascido de uma só relação contratual, vale dizer, a celebração do denominado "contrato internacional de pré-pagamento de fornecimento de mercadorias", referindo-se os créditos da consulente de parcelas de uma mesma série de operações mercantis.

É de meridiana clareza se tratar da mesma relação fática.

Tanto é assim que no próprio laudo pericial constatou o sr. perito oficial que o montante devido pelas executadas totaliza US\$ 9.500.000,00, exatamente o valor originário cobrado pela consulente nas duas ações, nas quantias de US\$ 3.500.000,00 e US\$ 6.000.000,00, constatando-se, expressamente, que *não há separação entre esses dois valores.*

Transcreva-se a conclusão quanto a esse ponto em especial:

"Ao tratar do tema objeto da lide, verificou-se que a empresa Indústria S.A., quando de seus lançamentos contábeis, principalmente até o exercício de 1997, os fez considerando o valor total dos aludidos pré-pagamentos, que representaram à época, o montante de US\$ 9.500.000, não havendo separação entre os US\$ 3.500.000,00, referente à presente Ação Monitoria, e os 6.000.000,00 res-

taantes, que são objeto de outra ação nesta mesma Vara Cível. Como comprovação dessa assertiva, basta uma simples conferência dos lançamentos contábeis do ano de 1997, nos quais encontramos literalmente (*Livro Razão Analítico 27, f. – Anexo 2*)" (p. 6 do laudo pericial, f. dos embargos do devedor, negritos no original).

Quanto ao imprescindível contraditório, também exigido para o emprestimo de provas, consubstanciado no requisito de que se trate, nos dois processos – no qual a prova foi produzida e no qual a prova será recebida por empréstimo – das mesmas partes, efetivamente ele existiu, não só na ação monitoria, como se exige, mas também nos embargos de devedor.

Na ação monitoria (autos n.) foram devidamente intimadas para que se manifestassem sobre o laudo pericial – aliás, por três vezes tal ocorreu, em virtude do zelo demonstrado pelo magistrado, com o fito de evitar novas medidas e recursos protelatórios por parte das rés: (a) a primeira com o despacho do juiz ordenando a juntada da perícia aos autos, bem como intimação das partes para que se pronunciassem sobre ele (...); (b) a segunda com o despacho de f., do processo monitorio ("A fim de evitar novos recursos, conforme salientado pelo DD. relator do agravo de instrumento, reitere todos os despachos já proferidos nestes autos, em acatamento a sua orientação. Intime-se as partes do laudo pericial") cumprindo a orientação do próprio eminente desembargador relator do agravo de instrumento, em despacho proferido naqueles autos; (c) a terceira com novo despacho.

Antes disso, ainda na ação monitoria, onde foi produzido o laudo pericial acertadamente emprestado aos embargos do devedor, participaram ativamente as partes de absolutamente tudo, desde o requerimento da produção de provas até a elaboração de quesitos e nomeação de seus assistentes técnicos.

Ainda naquele processo, e após as referidas providências, o assistente técnico das empresas rés recebeu cópia do laudo pericial, conforme faz prova a juntada, pelo perito oficial, dos comprovantes de envio e recebimento do referido documento.

Tendo recebido cópia do laudo pericial elaborado, efetuando-se concretamente o princípio do contraditório naquela ação monitoria, em 25.10.2003 as rés fizeram juntar aos autos seu "laudo divergente" (f.).¹⁵

15. O magistrado sentenciante dos embargos do devedor assim se manifestou: "Quanto à argumentação de que a mencionada prova emprestada não foi objeto de contraditório, tal afirmação não se sustenta pelos próprios atos existentes no processo de onde se origina a prova emprestada. Ali, as embargantes juntaram 'auto pericial divergente'

14. Ap 99.894, j. 02.05.1960, rel. Des. Raphael de Barros Monteiro.

Nesse exato momento processual, perceba-se, estava concretizado o cânone do contraditório naquele processo.

Veja-se que o processamento da ação monitoria foi perfeito em todas as suas etapas no que concerne ao princípio do contraditório: o advogado da consulente deduziu e discutiu os fatos constitutivos da pretensão na petição inicial; o advogado das rés, através da oposição dos embargos monitorios, fez o mesmo com os supostos atos extintivos; com a juntada do laudo pericial aos autos, foram intimadas as rés, por três vezes, para se manifestarem, o que efetivamente ocorreu com a juntada do seu “laudo divergente”, de maneira que o contraditório se concretizou de forma regular, eficiente e útil.

Não bastasse o contraditório amplo e vividamente estabelecido quando da produção do laudo pericial nos autos da ação monitoria da qual se empresta a prova, também nos embargos do devedor, processo que ora se analisa e que veio a receber o referido laudo a título de prova emprestada, houve a concretização do contraditório, no momento em que o magistrado, determinando a juntada do laudo emprestado, determinou também a intimação das embargantes para que se manifestassem novamente sobre a pericia realizada no processo monitorio (despacho de f., em 21.07.2003).

Quer dizer, em uma palavra, que a prova acabou, ainda que em parte, sendo *refeita nesse processo de embargos de devedor*, como se buscou esclarecer, o que está a evidenciar a impossibilidade de se cogitar, a qualquer título, da imprestabilidade do laudo pericial como prova emprestada, exatamente como se passou no caso.

A determinada manifestação das embargantes foi trazida a lume em 25.12.2003, impugnando a referida juntada, argumentando com a impossibilidade de se emprestar a referida prova pericial (f.).

O que se denota no presente caso é que, em boa técnica, o aludido laudo pericial não é uma simples prova emprestada, mas sim uma prova que foi produzida, em parte, nos autos dos embargos do devedor, na medida em que o contraditório foi validamente exercido sobre tal trabalho nos autos dos referidos embargos.

Finalmente, com relação ao argumento de que não foram as executadas, quando da produção da pericia nos autos da ação monitoria, cientificadas do

que contém mais de duas centenas de folhas onde exaure a questão probatória por ela entendida. (...) A pericia foi realizada, as embargantes ofereceram quesitos e indicaram assistente técnico e o perito apresentou o laudo em cartório, sendo este juntado após a normalização do processo”.

local e data da realização da pericia, frise-se novamente que o art. 431-A do CPC apenas entrou em vigor em 27.03.2001 (com a edição da Lei 10.358/2000, com *vacatio legis*, expressa em seu bojo, de três meses).

Tal formalidade simplesmente não existia no Código de Processo Civil ao tempo da realização da pericia. Sublinhe-se que o laudo pericial foi depositado em cartório em 31.01.2001, de maneira que a realização da pericia – logicamente – ocorreu antes da necessidade de intimação das partes sobre data e local da pericia. Aqui não há que se debater com maiores argumentos. E, ademais, como se afirmou, as rés não deixaram de realizar a sua prova pericial, pelo assistente técnico (que devidamente recebeu o laudo oficial) que indicaram.¹⁶

Veja-se que não há como se argumentar com a falta de contraditório.

Nem se argumente que, ao se emprestar uma prova, estaria implicado o pré-julgamento da causa, ou a vinculação do magistrado, que recebe a prova, à decisão proferida no processo onde ela foi produzida.

É importante se ter presente que o que se empresta é a prova (no caso, o laudo pericial), e não a sua valorização, vale dizer, o “uso” que foi dado à prova no processo originário não vincula o juiz dos autos que recebe a prova emprestada, nem no que diz respeito ao seu valor probante, nem no que diz respeito à sua natureza jurídica.¹⁷ Não é o convencimento do juiz originário que se transporta: apenas a prova fisicamente concretizada.¹⁸

16. O juiz ao sentenciar os embargos do devedor esteve atento a esse fato, como se percebe do seguinte trecho: “Da mesma forma, não que se falar na nulidade do ato por falta do cumprimento do art. 431-A, visto que este artigo foi acrescentado pela Lei 10.358/2001, que entrou em vigor em 28.03.2002, portanto, posterior à elaboração do laudo pericial” (f. dos autos dos embargos de devedor).

17. Com efeito, o laudo pericial juntado aos autos dos embargos do devedor, por mais que sejam tidos como sendo uma efetiva pericia naqueles autos, não devem, obrigatoriamente carregar tal pecha no caso dos embargos do devedor. Sobre este assunto, já tivemos oportunidade de asseverar que “ao contrário do sistema constante originariamente do Código de Processo Civil, diante da redação do art. 427 dada pela Lei 8.455/1992, é possível que seja dispensada a pericia quando as partes, na inicial ou na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos, tidos como suficientes pelo juiz. Neste caso, não se teria, propriamente, que se falar em pericia, mas em algo muito próximo da prova documental” (ARRUDA ALVIM. Op. cit., p. 584, n. 253).

18. Merece transcrição o lapidár pensamento de Moacyr Amaral Santos: “As regras relativas à eficácia da prova emprestada estão, entretanto, subordinadas às diversas situações em que se encontram os litigantes em relação a ela. Consideradas as pessoas dos litigantes no processo para o qual é transportada, terá de se distinguir a prova

Nesse sentido:

“*Reintegração de posse – Processual civil – Prova emprestada – Contexto probatório da posse dos autores – Carência de ação – A prova emprestada, constituída de depoimentos produzidos em outra ação, e meio lícito e moral, nos termos do art. 332 do CPC cabendo ao magistrado sua valoração. É encargo probatório dos autores demonstrar que são possuidores, seja por terem obtido posse via transferência, seja por exercerem por esforço próprio, pena de carência de ação. Apelo provido*” (TARS, AC 197224777, 17.ª Câm Civ, j. 15.09.1998, rel. Juíza Elaine Harzheim Macedo).¹⁹

Em suma, deve-se reiterar, é de se reconhecer a plena validade da prova pericial produzida nos autos da ação monitoria, consubstanciada no laudo pericial juntado aos autos dos embargos de devedor a título de prova emprestada, não só porque atendidos seus requisitos permissivos, conforme visto, mas tam-

conforme tenha, no processo anterior, sido produzida: (a) entre as mesmas partes; (b) entre uma das partes daquele e terceiro; (c) entre terceiros (...). B) Quando a prova haja sido produzida em processo em que uma das partes, do processo para o qual é transportada, litigou com terceiro, insta considerar duas hipóteses: (1) a prova é trasladada por quem participou de sua produção no processo anterior; (2) a prova é trasladada por quem não foi parte no processo anterior. Na segunda hipótese, conserva-se a eficácia probatória, principalmente quando a prova foi reconhecida no processo anterior, salvo as restrições peculiares a cada caso; na primeira hipótese, não terá a eficácia em relação à parte contrária, que não participou de sua produção, podendo valer tão somente como admíniculo probatório para a formação da convicção do juiz” (*Primeiras linhas de direito processual civil*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, vol. 2, p. 322-323, sendo nossos os destaques).

19. “*Processo Civil – Prova – Valoração – Livre convencimento do juiz – Exegese dos arts. 332 e 131 do CPC – Nulidade que se afasta. A livre convicção do juiz não se refere só ao plano do conhecimento, mas também ao do reconhecimento dos fatos, apreciando livremente as provas existentes nos autos. Nulidade que se afasta, por entender que o magistrado apreciou a prova existente nos autos, ofertando a solução que, no seu conhecimento, se revela importante para formação de sua convicção. Prova – Produção em outro processo – Admissibilidade – Hipótese de depoimento pessoal prestado perante a autoridade policial – Aproveitamento, ademais, pela parte que colaborou na sua produção – A prova emprestada prende-se menos ao problema do local onde tenha sido produzida que às questões relativas ao contraditório. Por isso, se a referida prova foi produzida entre as mesmas partes, não há como negar a possibilidade de seu aproveitamento, em outro processo, onde as mesmas partes estão litigando (...)*” (TJPR, AC 0064508-5 (17347), 3.ª Câm. Civ., j. 12.04.2000, rel. Des. Convocado Sérgio Rodrigues, DJ 26.06.2000) (grifos nossos).

bem porque, e *a fortiori*, a prova foi, de certa maneira, e em parte, produzida nesses embargos, com a nova efetivação do contraditório válido.

É este o nosso parecer, *sub censura*.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A ponderação de valores como supressora do contraditório, de Guilherme Cesar Pinheiro – *RePro* 193/401; e
- Prova emprestada no processo civil e penal, de Eduardo Talamini – *RePro* 91/92.

- *A prova do direito processual civil*, de João Batista Lopes, 3. ed., São Paulo, Ed. RT, 2006; e
- *A prova no processo civil*, de Gildo dos Santos, 3. ed., São Paulo, Ed. RT, 2009.

Veja também Jurisprudência

- Validade condicionada à presença dos requisitos: *RePro* 133/203;

Veja também Legislação

- Ampla defesa: art. 5.º, LV, da CF/1988;
- Aproveitamento dos atos não decisórios: art. 133, § 2.º, do CPC;
- Empréstimo de ofício: art. 130 do CPC; e
- Manifestação da parte contrária: art. 398 do CPC.