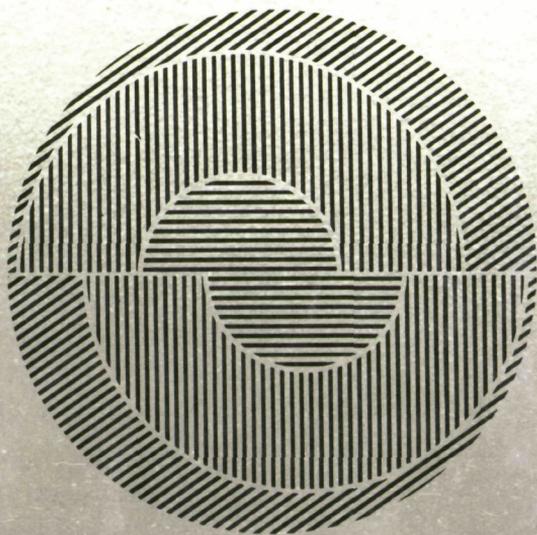


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS
OUTUBRO A DEZEMBRO — 1989
ANO 26 • NÚMERO 104

Prova indiciária nas ações relativas a contratos cujo valor supere dez salários mínimos

ERNESTO LIPMANN

Advogado em São Paulo e Professor da
PUC — SP

S U M A R I O

1. Introdução: Objetivo do trabalho e sua impotência prática. 2. Breve relato histórico e doutrinário sobre a prova testemunhal. 3. Dos indícios e presunções. 4. Dos contratos com valor superior a dez salários mínimos. 5. Sugestões e conclusões.

1. *Introdução.*

Objetivo do trabalho e sua importância prática

Se, de um lado o art. 401 do CPC veda a prova exclusivamente testemunhal nos contratos cujo valor exceda dez salários mínimos, de outro são bastante comuns negócios jurídicos verbais que excedam esta quantia.

Na hipótese do litígio, qual deve ser a posição do julgador? Denegar simplesmente o bem da vida pleiteado? A experiência demonstra que, muitas vezes, a única maneira de comprovar a existência de uma relação jurídica é mediante o depoimento pessoal e testemunhal daqueles que presenciaram seu nascimento, desenvolvimento e extinção. No curso da instrução processual é comum que surjam indícios que, embora não se enquadrem nas hipóteses do art. 402 do CPC, nem por isso devem ser desprezados.

Indícios são “circunstâncias conhecidas e provadas, que relacionadas com determinado fato, autorizam, por indução a concluir pela existência

de outras circunstâncias" (1). Exemplo típico de indício que não se confunde com a "prova escrita" do art. 402, que, por definição legal, emana da parte contrária, seria o caso do dentista que, sem contrato escrito de honorários, propõe uma ação de cobrança contra um paciente. Este contesta, afirmando que sequer conhece o profissional, mas o autor junta a ficha do paciente, um recibo de protético compatível com o serviço efetuado e demonstra um conhecimento bastante profundo da arcada dentária do réu. O mesmo poderia ocorrer com o prestador de serviços, que ao cobrar uma empreitada demonstra um bom conhecimento do interior de uma residência, seus hábitos e peculiaridades, também apresentando notas fiscais de materiais compatíveis com as obras efetuadas. Em ambos os casos pode-se construir com bastante lógica o caminho que levará à procedência da dívida, e até mesmo sua avaliação mediante perícia, na liquidação por sentença, mas na inexistência de um *contrato escrito* o principal meio de comprovação das partes no negócio jurídico, trazendo como conseqüência um crédito, será exclusivamente testemunhal.

São casos freqüentes na jurisprudência dos tribunais compromissos verbais de compra e venda de imóveis (2) venda de boiada (3), de corretagem (4), mútuo (5), etc. . .

2. Breve relato histórico e doutrinário sobre a prova testemunhal

Dentre os primeiros povos que sistematizaram o direito, como os egípcios, os persas e os hindus, a prova testemunhal imperava como modo de comprovar as alegações feitas em juízo (6), sendo fácil entender porque: a dificuldade de se gravar em materiais como a cera e a argila, que se constituíam nos meios conhecidos da época, tornavam a escrita lenta e cara demais para o uso cotidiano.

No processo Romano do primeiro período aonde havia a *actio condictio* (7) destinada à cobrança de promessas verbais solenes, a prova verbal atingiu seu ápice, sendo considerada aceitável para comprovar "convenções de toda espécie, sem qualquer restrição e até arestos judiciais" (8).

A partir deste instante a importância do depoimento pessoal no processo foi se reduzindo, devido a fatores como o avanço no desenvolvi-

(1) *Novo Dicionário Aurélio*. Verbete Indício.

(2) RTJESP — V. 97 / P. 110.

(3) RT 449/100.

(4) TARJ — Ap. 44.948 — Cit. por Arruda Alvim "Prova Testemunhal", p. 268.

(5) JB 121/106 — RT 368/108.

(6) Moacyr Amaral Santos — Prova Judiciária no Cível e no Comercial, Saraiva, 1972, v. 2, p. 519.

(7) V. 3, 15, 1 — *Apud* Correia, Alexandre. *Manual de Direito Romano*, Saraiva, 1969, v. 2, p. 519.

(8) Amaral Santos, Moacyr. Cit. p. 29.

mento das técnicas de manufatura do papiro e das tintas, que levaram a um maior uso dos documentos, e o populacional traduzido no aumento das comunidades, e por último a expansão do comércio, que fez com que as transações deixassem de ocorrer apenas entre membros do mesmo grupo social, tendo chegado a seu nível mais baixo entre os povos germânicos, cujo principal meio probatório eram as ordálias e os juramentos, métodos de tortura através dos quais se procurava extrair a vontade de Deus.

A concepção da prova testemunhal como elemento fundamental para a instrução somente seria recuperada na Idade Média, a partir da forte influência humanista do Direito Canônico, de traço marcante na formação do direito lusitano, precursor remoto de nossa atual legislação.

Os diplomas processuais modernos apresentam três linhas mestras: a do limite geral, aonde a eficácia jurídica da prova testemunhal fica condicionada a um valor pré-determinado por lei, acima do qual é necessária a prova escrita que a complementa, aquele que chamaremos de discricionários, pois embora também estabeleça um teto para sua validade, ao mesmo tempo faculta ao magistrado o poder de autorizar seu complemento, como a moderna legislação italiana, onde "a prova por testemunhos, de contratos não é admitida quando o valor do objeto exceder 5.000 liras". Todavia, a autoridade judiciária pode consentir na prova além do limite acima referido, tendo em conta a qualidade da parte, a natureza do contrato, ou qualquer outra circunstância⁽⁹⁾. O terceiro sistema é o da admissibilidade plena da prova testemunhal, e que parte da doutrina estrangeira, como o mexicano Rafael de Piña que entende que a "regulamentação da prova testemunhal apresenta limitações expressas que o tempo encarregará de ir apagando, à medida que as conquistas da psicologia levem ao juiz a confiança necessária para o manejo deste delicado instrumento de busca da verdade"⁽¹⁰⁾. Segundo o art. 401 do CPC vigente, há o limite de dez salários mínimos para a prova exclusivamente testemunhal, o que em princípio enquadra nosso sistema jurídico no primeiro sistema, o do limite legal.

São velhas as críticas que se fazem à prova testemunhal⁽¹¹⁾, e extensas as bibliografias a seu respeito, de modo que parece supérfluo estendermo-nos sobre o assunto, cabendo apenas uma rápida menção às suas principais objeções, que são:

— De cunho social, como a possibilidade de multiplicação das lides; em função da abertura propiciada pela falta de exigências mínimas para a abertura de uma demanda.

(9) Art. 2.721 do CC.

(10) Tratado de las pruebas civiles, Forúa, México, 1975, p. 21.

(11) V. Por todos. Amaral Santos, Moacyr, Prova... cit., V. 3, p. 61-121 e o clássico "Crítica del testimonio" de Francisco Grophe, na tradução espanhola da Ed. Reus, Madrid.

— De cunho jurídico, visando a evitar que se confundam as conversações preliminares com os tratos definitivos.

— aqueles ligados essencialmente à prova testemunhal consistentes:

1) Na falsidade proposital do testemunho.

2) Na possibilidade de erros de observação, ou de adulteração dos sentidos pelo álcool ou tóxicos.

3) Nas dificuldades de comunicação que levam à impossibilidade da testemunha transmitir em linguagem clara e precisa os fatos de que teve conhecimento.

4) O temor à justiça, traduzido numa inibição frente ao magistrado, que leve a testemunha a não contar tudo o que sabe.

Parece-nos, todavia, que para que se atinjam os objetivos do presente trabalho, mais importante do que repetir os inconvenientes da prova testemunhal, é tentar estabelecer mecanismos de sua avaliação, que permitam mensurar a qualidade do depoimento oferecido, visando ao aproveitamento daqueles que expressem a verdade e a desconsideração dos demais. Esta tarefa é parcialmente cumprida pelo art. 405 do CPC. O jurista colombiano Hernando Devis Echandia propõe⁽¹²⁾ a sistematização de mecanismos que transcendem os estritos limites do Código, dos quais selecionaremos alguns:

1) Em razão da coerência do depoimento, tanto com relação à sua estrutura interna, que deve revelar ausência de contradições, quanto em seu confronto com os demais depoimentos.

2) A existência de fatores que levem à parcialidade, como crenças, religiosas, partidárias, os espíritos de corporação (p. ex. entre religiosos e militares).

3) As condições físicas, mentais e psicológicas do testemunho à época do ocorrido, visando a apurar se possuía condições de entender os fatos que presenciou. Em caso de dúvida, entendemos ser lícito que o juiz e o M.P., quando parte legítima, requeiram a realização de perícia médico-psiquiátrica visando tal apuração.

4) O estado em que a testemunha presenciou o ocorrido, tendo em vista, tanto fatores objetivos como iluminação, posição de observação, etc.... quanto subjetivos como à atenção, as emoções despertadas e a eventual alteração dos sentidos por drogas, álcool, etc....

5) A qualidade da testemunha, avaliada tanto no tocante à sua capacidade de expressar os fatos com clareza, quanto no seu grau de exatidão

(12) *Teoría general de la prueba judicial*, Victor Zapla, Bs. As., 5^{ed}, 1981, pp. 113-140 e 247-273.

e objetividade que deve ser o maior possível. (Há uma diferença entre “o motorista era louco” e “estava chovendo, o motorista estava correndo, e fiquei assustado quando olhei para o velocímetro e vi que a velocidade era de 120 km/h”).

6) A verossimilhança dos depoimentos quando confrontado com outros meios de provas apresentados no curso do processo.

Além das linhas mestras traçadas acima, o juiz atento perceberia que o comportamento tende a trair aquele que mente em juízo⁽¹³⁾, através de sinais como “os olhos que não se fixam no interlocutor, apresentando tiques faciais e ademãs nervosos. Vacila e titubeia em toda a narração. Arrasta-se demoradamente no depoimento, ou feito nova indagação retoma ao ponto inicial. Perguntado sobre o fato já afirmado, encontra-se em contradição”⁽¹⁴⁾.

E, se os depoimentos de todas as testemunhas forem dignos de credibilidade, coerentes, e não haja razão para se duvidar de sua imparcialidade? Como ficaria o bem da vida pleiteado, eis que é íntima a relação entre o reconhecimento de um pedido e a possibilidade jurídica de prová-lo?

Para aprofundarmo-nos nesta matéria, é necessário que primeiramente tracemos os conceitos de “indícios” e “presunções”, para posteriormente analisar os fundamentos que, a partir dos fatos jurídicos, gerarão os silogismos, os quais virão a se traduzir na motivação da sentença.

3. *Dos indícios e presunções*

Uma das raras unanimidades da moderna doutrina é a visão do processo como uma função social. Uma das conseqüências da transição do liberalismo para o Estado de Direito foi a mudança do enfoque da relação processual, que deixou de ser encarada como o direito de uma parte contra a outra para ser vista como o direito ao exercício da prestação jurisdicional.

Segundo BARBOSA MOREIRA, no processo este fenômeno se traduziu “pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode compactar no arquetipo de observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para

(13) A utilização do polígrafo ou “lie-detector”, aparelho que mede os sinais fisiológicos cientificamente associados ao ato de mentir, como o acréscimo dos batimentos cardíacos e o aumento da sudoração, não possibilita uma prova plena, devido a limitações relativas à competência do examinador e do equipamento. A jurisprudência americana, motivada por estas restrições não equiparou aquele feito com o detector à prova pericial para efeitos penais. Deste modo parece-nos muito reduzida a sua aplicabilidade no campo cível, e dadas as limitações impostas pelo art. 5º, III, da C.F. somos da opinião que seu uso dependeria do consentimento daquele que depõe.

(14) Oliveira, Eudes, Técnica do interrogatório, UFCE, p. 85.

assegurar a observância das 'regras do jogo', e no fim proclamar o vencedor" (15).

O juiz deve, portanto, assumir um papel cada vez mais ativo, procurando a descoberta da verdade nos elementos que lhe chegam, através do comportamento das partes. Estes, segundo ANTONIO DELLEPENE (16), de acordo com seu maior ou menor grau de certeza se dividem em: absurdo, impossível, improvável, duvidoso, provável, verossímil e necessário.

A prova indiciária é aquela obtida pela inferência do juiz (17). É todo rastro, vestígio, pegada ou fato conhecido, que através do raciocínio lógico e do conhecimento da natureza das coisas leva a uma conclusão provável, ou verossímil. E a disposição de fatos lógicos que resultam convergentes.

As presunções são, como se viu, "as ilações que julgador tira de um ou mais fatos conhecidos para firmar um fato desconhecido desde que, encadeados logicamente, numa relação de causalidade mediante ligações estabelecidas entre uns e outros fatos de acordo com as máximas de experiência.

Os indícios, por sua vez, são fatos auxiliares que constituem como que sinais de outros fatos sempre que entre uns e outros possa estabelecer-se uma ligação de acordo com as máximas de experiência" (18).

Resumindo, os indícios são os meios pelos quais se pretende provar — geralmente de maneira indireta — fatos jurídicos, que através do raciocínio do magistrado, o qual baseia-se em presunções — avaliação subjetiva da prova, com base nas máximas da experiência — geram a sentença que, por meio de um trabalho lógico, conduzirão o conhecido ao desconhecido.

Embora nosso legislador, ao elaborar o C.P.C., não tenha tratado dos indícios e presunções (19), é conveniente um breve relato do direito comparado, para que possamos traçar as normas de admissibilidade dos indícios como prova judicial.

Na Argentina, os arts. 357 e 358 do CPP admitem a prova indiciária, desde que os eventos sejam "independentes entre si", convergentes, verossímeis e concordantes, quando as conclusões sejam "diretas", ou seja, que não seja necessário chegar-se a elas por uma série de inferências encontradas entre si.

Em Portugal o art. 349 do C.C. define que "presunções são ilações que a Lei ou julgador tira de um fato desconhecido".

(15) Barbosa Moreira, "A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo", in *RP* v. 37, p. 145.

(16) *Nova teoria da prova*, trad. port., Liv. Jacinto, RJ, 1942, p. 55.

(17) *Id.* pgs. 71 — 79.

(18) Indícios e presunções como meio de prova, Custódio Piedade Ubaldino Miranda, in *RP* 37, p. 54.

(19) *Id.* p. 62.

Na Colômbia ⁽²⁰⁾, a apreciação é livre, mas a doutrina e a jurisprudência indicam como exigências mínimas:

a) que o indício esteja plenamente provado;

b) a coerência dos indícios;

c) que haja uma conexão entre estes fatos e o indício de modo conclusivo e claro;

d) que seja impossível afirmar que tais indícios possam ter sido falsificados por terceiros.

Em suma, há um requisito comum entre as várias legislações ⁽²¹⁾. Os indícios devem ser graves, precisos e conexos entre si, tendo a doutrina complementado que não devem existir contra-indícios que permitam uma hipótese contrária. Nestes termos, a doutrina afirma que “a prova indiciária é perfeitamente admissível em matéria cível” ⁽²²⁾.

Concluindo, no sistema da prova legal, se os indícios não permitem que se prove um contrato, podem perfeitamente servir para demonstrar um fato jurídico, gerador de obrigações, que a sentença traduzirá numa condenação, p. ex. a existência da prestação de serviços, gerando a percepção de honorários.

4. *Dos contratos com valor superior a dez salários mínimos*

À primeira vista, o art. 401 do C.C. ao vetar a prova exclusivamente testemunhal dos contratos com valor superior a dez salários mínimos ⁽²³⁾, estabelece um teto para a prova exclusivamente testemunhal. Segundo Orlando Gomes, “contrato é todo acordo de vontades destinado a constituir uma relação jurídica de natureza patrimonial e obrigacional” ⁽²⁴⁾. Assim, o contrato assume a natureza de forma solene de garantia de obrigação.

Esta é a razão primordial pela qual entendemos que o art. 401 não se estende aos fatos jurídicos com valor superior a dez salários mínimos.

(20) Echandia, Hernando, Teoria cit. pp. 628 — 691.

(21) C.C. Italiano, Art. 2.729, CPC Argentino, Art. 163, 5, C.C. Francês, Art. 1.353.

(22) Dellepaine, cit. p. 145.

(23) Questão interessante é a de saber qual o indexador a ser utilizado na leitura do Código, eis que a Lei n° 6.205, de 29 de abril de 1975, estabelece em seu art. 1° que o salário mínimo já não mais valia para qualquer fim de direito, e, finalmente, pelo Decreto-Lei n° 2.381, de 7 de agosto de 1987, que estabeleceu o piso nacional de salários, de natureza salarial, passando o antigo salário mínimo a denominar-se salário mínimo de referência. A tendência jurisprudencial é o de utilização do piso, de valor maior, e de conhecimento geral da população.

(24) Contratos, Forense, 1983, p. 14.

O contrato visa a comprovação solene da obrigação, e em muitos casos, pode ser executado diretamente⁽²⁵⁾. Já os fatos encontram-se na dependência probatória do processo de conhecimento, que daria ao juiz os elementos necessários para declarar⁽²⁶⁾ uma seqüência de atos jurídicos que se constitui numa relação jurídica, geradora reciprocamente de direitos e obrigações, e não na existência de um contrato. Há sim, uma declaração, que, se no contrato provém das partes, na sentença emana do Estado, e se, num caso, o efeito é imediato, no outro, deriva da conclusão da prestação jurisdicional.

O segundo motivo pelo qual pensamos ter o Código excluído os fatos jurídicos provém de que estes se constituem em algo mais do que um contrato. O instrumento do contrato via de regra é um papel. Os fatos são de um mundo complexo, um encadeamento de atividades comportamentais, como a prestação de serviço, a entrega de uma mercadoria que deixou rastros de uma existência, v.g. a compra de materiais, a contratação de uma transportadora, que permitem, através do encadeamento proporcionado pelos indícios, um raciocínio que justifique sua existência, de modo a que sua prova não seja exclusivamente testemunhal, de modo a que a limitação expressa do Código fique prejudicada⁽²⁷⁾.

Além dos motivos expostos há outros que justificam este raciocínio. O mais importante, e já fartamente debatido na jurisprudência, é a questão do enriquecimento ilícito, que beneficiaria o adquirente do bem ou serviço, se o prestador não tiver um meio de prova sancionado pelo direito. O segundo é de cunho social. É fato notório que, quanto mais rico o homem, maior o cuidado com que trata da elaboração de seus negócios, munindo-se da assessoria dos melhores advogados; ao passo que, entre as pessoas humildes, a prática demonstra que a própria utilização do instrumento escrito é rara. A impossibilidade da comprovação de um negócio jurídico mediante o uso de testemunhas poderia levar a que, com freqüência, pessoas simples fossem prejudicadas, em detrimento daquelas economicamente mais fortes, e que conhecem melhor os mecanismos legais do país.⁽²⁸⁾

(25) CPC, Art. 585, II, Estatuto da OAB, Art. 100, parágrafo único.

(26) E, mesmo na própria ação declaratória, o que declara ordinariamente não é o fato, mas a própria relação jurídica (Cf. Alfredo Buzaid, *A ação declaratória no direito brasileiro*, Saralva, 1986).

(27) Ainda que, freqüentemente não haja o "início de prova escrita" na exata acepção do CPC.

(28) Neste sentido o acórdão da RJTJESP, V. 97, p. 101:

"CONTRATO — Compromisso de compra e venda — Acordo verbal — Valor superior ao estabelecido em lei — Prova testemunhal — Admissibilidade no caso — Singeleza dos participantes da avença, sendo à época da convenção do contrato verbal, muito amigos — Outorga da escritura ou conversão da obrigação em perdas e danos determinada — Ação procedente — Recurso provido — Voto vencido.

Apelação Cível nº 96.597.2 — Paraguaçu Paulista — Apelante: José Rodrigues da Silva — Apelado: João Francisco da Silva."

Com base em todas estas ponderações, os Tribunais freqüentemente têm aceito a prova testemunhal em negócios jurídicos acima de 10 salários mínimos, como no acórdão que se segue:

PROVA TESTEMUNHAL — ENTREGA DE CERTA QUANTIDADE DE SOJA A TÍTULO DE EMPRÉSTIMO — ADMISSIBILIDADE DA PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL — PROVA DE FATO CONSEQUENTE E NÃO DO CONTRATO.

Ementa oficial: Prova testemunhal.

Aplicação do art. 401 do CPC. Admite-se a prova testemunhal para demonstrar o fato da entrega de certa porção de soja, a título de empréstimo; não se trata de demonstrar a existência do contrato, mas sim de provar o fato consequente ao empréstimo. Apelação não provida.

Ap. Civ. 20.653 — Cerro Largo — Apte.: Inácio Zeno Langer — Apdo.: Augusto Pauli Sobrinho — Rel.: Juiz Túlio Medina Martins — j. em 11-7-1979 — TARS.” (29)

Para entendermos melhor o raciocínio do acórdão, é conveniente destacarmos alguns trechos do julgado:

Não se pode ver, no caso, desrespeito ao disposto no art. 401 do CPC, conforme o qual a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.

Não se trata de provar, exclusivamente através de testemunhas, a existência do contrato de empréstimo de soja, mas apenas e tão-só de provar o fato da entrega da soja, a título de empréstimo, o que se tem admitido na jurisprudência dos tribunais (RJTJRS, 52/306, 61/250).

A prova testemunhal coligida convence de que, realmente o apelado entregou a soja ao apelante, a título de empréstimo, que jamais foi pago. Não há discrepância entre as testemunhas quanto ao lugar para onde foi remetida a mercadoria: ambas dizem que foi para o armazém de um certo Perim em Cerro Largo. Mesmo que se encontrem na prova pequenas contradições e equívocos, isso

(29) In Jurisprudência Brasileira 121/106. Neste sentido, vide também Jurisprudência Mineira 80/158, e Revista da Jurisprudência do TJRS, V. 77, p. 191.

não só não desmerece o valor da prova testemunhal, como evidencia que outra coisa não poderia ocorrer, já que as pessoas ouvidas prestaram declarações sobre fatos acontecidos há mais de seis anos atrás.

Semelhante a esta corrente é a Paulista, onde se distinguem os fatos já operados, e os futuros, como ficará claro a partir da leitura do acórdão que se segue:

**PROVA TESTEMUNHAL — LOCAÇÃO DE SERVIÇOS
— CONTRATO NÃO SOLENE — POSSIBILIDADE DE SER
PROVADO UNICAMENTE POR TESTEMUNHAS.**

A locação de serviços é contrato não solene. Desse modo, pode ser provada por testemunhas sem infração do art. 141, do Código Civil, seja qual for o seu valor, independentemente de começo de prova escrita. Nem outra foi a posição consagrada no julgamento da Apelação n.º 228.879, de São José do Rio Preto — 29-12-73, Rel. o então Juiz Geraldo Arruda, quando o acórdão pôs em destaque: “A prova exclusivamente testemunhal é vedada para a prova de contratos acima do valor legal, mas exclusivamente em relação aos seus efeitos futuros, ainda por operar. Quanto aos efeitos já operados tem-se que admitir a prova testemunhal (com a devida prudência, é verdade), sob pena de se legitimar, com base no formalismo jurídico mal entendidas situações geradoras de enriquecimento injusto. Ademais, há de se notar que em tal caso já não se trata propriamente de prova de contrato, mas de fato jurídico.

Ap. Civ. 104.665-2 — Guarulhos — Apte.: Unicolor Studio Gráfico Ltda. — Apda.: Famosa — Indústria e Comércio de Brinquedos Ltda. — Rel.: Des. Viseu Júnior — j. em 16-4-1986 — TJSP. (30)

Vale a pena destacarmos a fundamentação jurídica do acórdão:

Daí a observação de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, apoiado em sólidos precedentes judiciais, que a “prestação de serviços pode ser provada por testemunhas sem infração do art. 141 do Código Civil, seja qual for o seu valor, independentemente de começo de prova escrita” (Direito das Obrigações, 2.º vol., pág. 183).

Na verdade, tem sido tradicional em nosso Direito a admissibilidade de prova exclusivamente testemunhal inobstante o teor

(30) In JB 121/155, neste sentido vide também RT 499/151.

deste mandamento legal, revigorado pelo já referido art. 401, do Código de Processo Civil. E tal acontece não apenas na situação vertente, mas também com outros contratos que igualmente impliquem numa prestação de fato, como a empreitada e a mediação (cf. Revista dos Tribunais 546/218), pois, na essência, é o próprio fato que se irá comprovar em julzo (Nova Jurisprudência de Processo Civil, de JURANDIR NILSSON, tomo II, p. 485).

Nem outra foi a posição consagrada no julgamento da Apelação n.º 228.879, quando o acórdão, relatado pelo eminente Desembargador Geraldo Arruda, pôs em destaque: A prova exclusivamente testemunhal é vedada para a prova do valor dado à causa. Contratos acima do valor legal, mas exclusivamente em relação aos seus efeitos futuros, ainda por operar. Quanto aos efeitos já operados, tem-se que admitir a prova testemunhal (com a devida prudência, é verdade), sob pena de se legitimar com base no formalismo jurídico mal entendidas situações geradoras de enriquecimento injusto. Ademais, há de se notar que em tal caso já não se trata propriamente de prova de contrato, mas de fato jurídico" (Revista dos Tribunais, 499/142). (g.n.)

Deve-se destacar, no entanto, que a admissibilidade da prova testemunhal com relação a fatos geradores de obrigações superiores a dez salários mínimos é matéria controvertida entre os diversos Tribunais do País. São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais a admitem, Mato Grosso a rejeita, assim como o Supremo Tribunal Federal, que no regime da Constituição de 1969 ⁽³¹⁾, reformava as sentenças dos Tribunais, acatando a tese da negativa de vigência dos arts. 401 do CPC.

5. Sugestões e conclusões

O exposto demonstra que, às vezes, a aplicação com rigor excessivo do art. 401 do CPC, que limita a prova testemunhal aos contratos cujo valor não exceda dez salários mínimos, em conjunto com o art. 402, que não considera os indícios como início de prova documental pode levar a grandes injustiças.

Considerando-se que, freqüentemente estes indícios não podem ser corroborados pela prova documental, ou pericial, de modo a que uma interpretação excessivamente rígida da lei acabaria por negar o bem da vida pleiteado, somos pela alteração do direito positivo.

(31) RE 100.870-9 in JB 121/50. RE 89.573-6 in RT 539-239. O Supremo tem exigido que haja um começo de prova por escrito, no teor dos arts. 401 e 402 do CPC.

Este deveria adotar o sistema discricionário de modo a que "o juiz, atendendo às peculiaridades do caso concreto, pudesse alterar o valor fixado em lei", a exemplo do sistema italiano. Deve ser ressaltado que na prática, com a ampla aceitação da corrente jurisprudência que distingue entre a prova dos "fatos jurídicos" e do "contrato", sendo os primeiros aceitos independentemente de seu valor, o sistema adotado é o discricionário.

Parece-nos correta esta orientação, e somos da opinião que ela deveria ser esposada pelo direito positivo; gerando assim uma maior certeza nos meios jurídicos, pois como já foi ressaltado, o Poder Judiciário não deve ser tolerante com o enriquecimento ilícito, sob a alegação da impossibilidade jurídica da prova, eis que é íntima a relação entre um direito e sua aceitação pelos Tribunais.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL SANTOS, Moacyr — Prova Judiciária no Cível e no Comercial, V. 1, e V. 3, Max Limonad.

AMARAL SANTOS, Moacyr — Comentários ao CPC — Forense, 1983.

DE PAULA, Alexandre — Código de Processo Civil Anotado, V. 2, RT, 1986.

DELEPAINE, Antônio — Nova Teoria da Prova, Jacinto, RJ, 1940.

ECHANDIA, Herivando Davis — Teoria General de La Prueba Judicial, Victor P. de Zatala, Bs. As., 1981.

GORPHE, Français — La Crítica del Testemuño — Trad. Esp., Revs., Madrid, 1971.

LESSONA, Carlos — Prueba en Derecho Civil, Revs., Madrid, 1957.

MIRANDA, Custódio de Ubaldino — Indícios e Presunções como Meio de Prova, in RP 37/52.

NEGRÃO, Theotônio — Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, RT, 1988.

OLIVEIRA, Eudes — A Técnica de Interrogatório, UFCE, 1971.

PIGNATELLI, José Enrique — Da Prova Indiciária, in RT 610/283.

PINA, Rafael — Tratado de Las Pruebas Cíviles, Porrúa, México, 1975.

RIGHI, Ivan — Eficácia Probatória do Comportamento das Partes, in RBDP in 33.