

Apelação Cível n. 2009.000192-0, de Criciúma
Relator: Des. Henry Petry Junior

APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÕES E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA DE ALUGUÉIS. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM - CONTROVÉRSIA SOBRE A EXISTÊNCIA DE LOCAÇÃO OU COMODATO. ÔNUS DO AUTOR. FATO CONSTITUTIVO NÃO CARACTERIZADO. ART. 333, I, CPC. INDEFERIMENTO BEM LANÇADO. Â- SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

- *"O ditame plasmado no art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil, indica que compete ao autor fazer a prova dos fatos constitutivos de seu direito. Consoante a doutrina processual, fato constitutivo é aquele que é apto a dar nascimento à relação jurídica que o autor afirma existir ou ao direito que dá sustentação à pretensão deduzida pelo autor em juízo. A consequência do não-desincumbimento do ônus da prova pelo autor é o julgamento de improcedência do pedido (actore non probante absolvitur reus)"* (TJSC, AC 1998.014924-8, rel. Des. PEDRO MANOEL ABREU, j. em 25/05/2000).

- Descortina-se bem lançada a sentença de improcedência se a parte autora não logrou demonstrar, nada obstante o longo período de cobrança (quase 3 anos), a relação *ex locato* e nem mesmo que, algum dia, houve pagamento de aluguel.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2009.000192-0, da comarca de Criciúma (3ª Vara Cível), em que é apelante Arvelina Sorato Eduardo, e apelada Siliane Hilário:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Monteiro Rocha, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves.

Florianópolis, 16 de agosto de 2012.

Henry Petry Junior
RELATOR

RELATÓRIO

1. A ação

Arvelina Sorato Eduardo ajuizou "ação de indenização" contra Siliane Hilário, perante a Vara Cível da Comarca de Criciúma (autos n. 020.05.026990-9).

Asseverou que alugou um imóvel à ré, que à época era casada com seu filho, para o desenvolvimento de atividade econômica, porém, após a separação do casal, a ré, que permaneceu no imóvel, não mais efetuou o pagamento dos aluguéis.

Com a ação, pretende a cobrança de aluguéis de janeiro de 1999 a dezembro de 2002, no valor mensal de R\$ 390,00 (trezentos e noventa reais), totalizando R\$ 18.720,00 (dezoito mil, setecentos e vinte reais).

Citada, a ré invocou ilegitimidade passiva e, no mérito, alegou que o imóvel fora emprestado para ela e para o filho da autora como sede de seus negócios (Foto Eduardo); que pelo uso do imóvel nunca pagou aluguel, sendo que após a separação apenas deu continuidade ao comodato já iniciado.

Afirmou ainda que o verdadeiro motivo do ajuizamento da ação é pressionar a ré para que desista da ação de execução de alimentos movida contra o filho da autora (fls. 22/25).

Impugnação à contestação às fls. 30/31.

Conciliação inexitosa à fl. 39.

Prova oral colhida às fls. 46/48.

Razões finais da autora às fls. 50/51. A ré não apresentou razões finais.

1.1. A sentença

O juiz Claudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva, em 14/08/2008, julgou improcedentes os pedidos da autora, ao argumento de que não cabe aluguel de um cônjuge a outro, quando há separação e um deles deixa o imóvel do casal, bem assim pela inexistência de contrato expresso.

Condenou a autora nos ônus da sucumbência e em honorários no valor de 20% do valor da causa, suspensos em face do deferimento da gratuidade de justiça (fls. 53/55).

1.2. O recurso

A autora interpôs apelação, negando a existência de comodato, reiterando que o imóvel não pertence ao casal mas à autora, motivo pelo qual o pagamento de aluguéis é devido, que no caso de separação, como ocorrido no caso em apreço, o aluguel passa a ser devido pelo cônjuge que permanecer no imóvel (fls. 60/66).

Certificado o decurso do prazo sem oferecimento de contrarrazões (fl. 69).

Redistribuídos os autos em 20/12/2012, vieram-me conclusos.

É o relatório possível e necessário.

VOTO

2. A admissibilidade do recurso

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

2.1. A. O comodato e a locação

Acerca do comodato, destaca-se do Código Civil:

Art. 579. O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto.

[...]

Art. 581. Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido; não podendo o comodante, salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes de findo o prazo convencional, ou o que se determine pelo uso outorgado.

Art. 582. O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.

Sobre as características do contrato de comodato, da doutrina de FABRÍCIO D. RODRIGUES, extrai-se:

Os elementos essenciais do contrato de comodato podem ser extraídos da própria definição legal e são três. O primeiro é a gratuidade, pois, se o contrário fosse, estaríamos diante de contrato de locação. O segundo é a não fungibilidade e a não consumibilidade do objeto, pois só se admite a restituição exata do mesmo objeto dado em comodato, já que as coisas fungíveis admitem sua substituição por outras da mesma espécie, qualidade e quantidade e as consumíveis se destroem pelo uso. [...] O último elemento essencial do comodato é a temporariedade [...] (COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. (org). CHINELLATO, Silmara Juny. (coord.). Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3 ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 432).

Sobre a locação, extrai-se da obra de SILVIO DE SALVO VENOSA que:

De um modo geral, a locação, dentro do conceito romano tradicional, é contrato pelo qual um sujeito se compromete, mediante remuneração, a facultar a outro, por certo tempo, o uso e gozo de uma coisa (locação de coisas); a prestação de um serviço (locação de serviços); ou a executar uma obra (empreitada). [...] A locação é, portanto, contrato *bilateral* e *comutativo*, a ela sendo aplicável o princípio da exceção de contrato não cumprido do art. 1.092 (novo, arts. 476 e 477). Existem obrigações recíprocas de ambas as partes. Se a cessão da coisa é gratuita, tipifica-se como comodato. VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: contratos em espécie. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 134-135).

Diante do exposto, verifica-se que a principal diferença entre o contrato de locação de bem imóvel e o comodato, é a onerosidade, existente no primeiro.

2.1.b. O ônus da prova

O art. 333, I, do Código de Processo Civil, assim distribui o ônus da prova:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (grifei)

Sobre o tema, da doutrina de ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, destaca-se:

Ônus é encargo processual (não é obrigação nem dever) cujo não desincumbimento acarreta um gravame previamente estabelecido. O não desincumbimento do ônus de provar, assim como regrado pelo dispositivo, gera, em tese, a perda da causa pelo não reconhecimento judicial de fato relevante (dizemos 'em tese' porque a norma contida neste art. 333 não é absoluta). **Observe-se que pela instituição do ônus da prova fica entregue ao juiz um critério objetivo e seguro que sempre permitirá uma solução de mérito para a causa.** (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 9ª ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 383). (grifei)

Da doutrina de LUIZ GUILHERME MARINONI, extrai-se:

Afirma-se que a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. **Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova.** Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos. (ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. Manual de processo de conhecimento. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 264). (grifei)

Dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, destaca-se:

PROCESSO CIVIL. ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO AFIRMADO NA INICIAL. ÔNUS DO DEMANDANTE. CPC, ART. 333, I. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (REsp 825.243/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 25/02/2011)

E do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, destacam-se os seguintes precedentes:

I - [...] É do autor o ônus de provar os fatos constitutivos do direito subjetivo alegado, conforme o disposto no artigo 333, I, do Código de Processo Civil, sob pena de improcedência de sua pretensão (TJSC, Ap. Cív. n. 2008.021199-9, Rel. Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN, j. em 19-7-2010).

II - [...] A inexistência de prova concreta, ou argumentos suficientes para formar o convencimento do julgador, acarretam na improcedência do pedido, pois de acordo com o disposto no inciso I do art. 333 do CPC, cabe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito. (TJSC, AC n. 2007.007645-7, de Itajaí, Relª. a então Desª. Substª. SÔNIA MARIA SCHMITZ, j. em 27.08.2008).

III - [...] O ditame plasmado no art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil, indica que compete ao autor fazer a prova dos fatos constitutivos de seu direito. Consoante a doutrina processual, fato constitutivo é aquele que é apto a dar nascimento à relação jurídica que o autor afirma existir ou ao direito que dá sustentação à pretensão deduzida pelo autor em juízo. **A consequência do não-desincumbimento do ônus da prova pelo autor é o julgamento de improcedência do pedido (actore non probante absolvitur reus).** (TJSC, Apelação Civil n. 1998.014924-8, Rel. Des. PEDRO MANOEL ABREU, j. em

25/05/2000). (grifei)

Desse modo, conforme imposto pelo art. 333, I, do Código de Processo Civil, competia a autora, ora apelante, a prova de que o contrato pactuado foi de locação, e não de comodato.

2.1.c. A espécie

A autora pretende o reconhecimento da existência de contrato de locação e o pagamento de aluguéis de janeiro de 1999 a dezembro de 2002. Todavia, não logrou êxito em provar a existência de onerosidade no pacto.

Com efeito: não há contrato expresso nesse sentido e não foi colacionado aos autos qualquer prova de que a efetiva contraprestação pelo uso do imóvel tenha algum dia ocorrido.

Com isso, não se quer dizer que o contrato de locação deve ser pactuado de forma escrita, pois é sabido que o ordenamento admite a contratação de forma verbal.

Porém, se a locação foi negada pela parte adversa, e a autora, interessada, sequer conseguiu demonstrar que algum dia Â– seja durante a existência da sociedade conjugal de seu filho com a ré, seja após o rompimento do vínculo Â– recebeu o pagamento do aluguel pelo uso do imóvel, não é possível o reconhecimento da existência do contrato de locação.

Por sua vez, a prova testemunhal produzida também não é conclusiva. Alexandre Pereira, testemunha da autora, asseverou que, durante o curso na relação conjugal, o ex-esposo da ré foi em sua loja algumas vezes trocar cheques para o pagamento de aluguel (fl. 47).

Porém, Rosilene Rabelo Gesuino, testemunha da ré, alegou que *"pelo que sabe a ré e seu esposo nunca pagaram aluguel da sala"* (fl. 48).

Nesse norte, impõe-se o desprovimento do recurso, ante a falta de provas acerca do alegado contrato de locação.

Para ilustrar, desta Casa de Justiça, colhe-se:

[...] CONTRATO DE LOCAÇÃO. NECESSIDADE DE PROVA DO PAGAMENTO DE ALUGUEL. DOCUMENTO IMPRESCINDÍVEL PARA A CONFIGURAÇÃO DO VÍNCULO LOCATÍCIO. INEXISTÊNCIA. ÔNUS DO AUTOR. FATO CONSTITUTIVO DE SEU DIREITO. ART. 333, I, CPC. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE APONTA PARA COMODATO VERBAL. SENTENÇA DESACERTADA. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Não tendo a autora comprovado o fato constitutivo de seu direito, qual seja, a celebração do contrato de locação, por meio de comprovante de pagamento do aluguel, ônus que lhe incumbia nos termos do inciso I, do art. 333 do CPC, e negada a existência da locação pelos demandados, impõe-se a improcedência da ação. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.020800-9, de Chapecó, Relator: Des. Subst. LUIZ ZANELATO, j. em 31/05/2012).

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

3. A conclusão

Voto, pois, pelo desprovimento do recurso.