



## Advogado que abandona cliente não recebe honorário

O aposentado Alcides Mendes da Silva contratou o advogado Rodrigo Otávio Costa para ingressar com uma ação ordinária contra a Caixa Econômica Federal cobrando diferenças no FGTS. Durante o processo, o advogado se mudou de Tubarão para Joinville (SC). Segundo o aposentado, ele não foi avisado sobre mudança.

Durante o abandono, Silva aceitou acordo coletivo da Caixa no valor R\$ 4.870, equivalente a 60% do pretendido. O advogado ficou sabendo do acordo e entrou em contato com o aposentado pedindo 20% pelos honorários. Como Silva não aceitou pagar, ele entrou na Justiça. Na terça-feira (20/3), o Luiz Fernando Boller, do Juizado Especial Cível de Tubarão (SC), julgou improcedente a ação de cobrança. Cabe recurso.

Silva reconheceu a contratação dos serviços. No entanto, após não encontrar o advogado por quatro anos, concluiu ter sido abandonado à própria sorte. O aposentado afirma que ao mudar de endereço a única providência adotada pelo advogado foi afixar um aviso na porta de seu escritório dizendo “que estava mudando para Joinville-SC”, sem especificar telefone ou endereço.

Para o juiz Boller, “não se revela adequado pôr a termo atividade profissional numa comarca, sem que os mandantes sejam adequadamente cientificados, e, assim, possam optar pela continuação ou revogação do mandato”. Ele destacou que “a desorganização e negligência do causídico R.O.C. resultou em prejuízo para o réu, visto que, houvesse lhe sido garantida a possibilidade de contato com seu mandatário, poderia não ter aderido à proposta formalizada pela CEF que condicionava o recebimento do valor relativo à correção do saldo do FGTS a um deságio variante entre 8% e 15%, apenas executando a sentença prolatada em seu benefício”.

Sobressaindo a *exceptio non rite adimpleti contractus* (exceção de contrato mal cumprido), Boller julgou pela não existência de qualquer contrato de honorários, porque o advogado não provou seu direito. O juiz ainda encaminhou cópia do processo para Conselho Estadual da OAB para apuração de possível afronta ao disposto no Código de Ética e Disciplina e no Estatuto da Advocacia

### Leia a decisão

Processo 075.05.002406-4

Classe: BRANÇA DE HONORÁRIOS DEVIDOS AO PROFISSIONAL LIBERAL

Autor RODRIGO OTÁVIO COSTA

Réu ALCIDES MENDES DA SILVA

Vistos etc.

Nos Juizados Especiais Cíveis, o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade,



informalidade, economia processual e celeridade (art. 2º, da Lei nº 9.099, de 26.09.1995), razão pela qual foi o relatório dispensado (parte final do art. 38, da mesma Lei).

Passo pois, de imediato, à fundamentação.

Cuida-se de ação de COBRANÇA DE HONORÁRIOS DEVIDOS A PROFISSIONAL LIBERAL, onde o advogado RODRIGO OTÁVIO COSTA, inscrito na OAB/SC sob o nº 18.978, sustenta ter sido contratado pelo aposentado ALCIDES MENDES DA SILVA, a fim de ingressar com “AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA DO FGTS, perante a Justiça Federal, contra a Caixa Econômica Federal (CEF)” (fl. 02), sendo que, após ter sido acolhida a pretensão, já na fase executiva, o demandado, `sponte sua´, teria aderido ao acordo para pagamento de valores previsto na Lei Complementar nº 110/01, recebendo o valor de R\$ 4.870,05 (quatro mil, oitocentos e setenta reais e cinco centavos), motivo pelo qual, destacando ter exercido efetivamente o `munus´ processual respectivo, pugna pela concessão da tutela jurisdicional, com a condenação do réu ao pagamento de R\$ 1.452,93 (hum mil, quatrocentos e cinquenta e dois reais e noventa e três centavos), equivalente a 20 % (vinte por cento) do proveito econômico auferido por ALCIDES (fls. 02/03).

Em contestação, o aposentado réu reconheceu ter contratado os serviços do postulante, constituindo-o seu procurador, bem como a existência de decisão judicial favorável à pretensão deduzida, prolatada 05 (cinco) meses após o ingresso da ação, sobressaindo, contudo, que após decorridos 04 (quatro) anos, por não mais localizar RODRIGO OTÁVIO COSTA no endereço original, concluiu ter sido abandonado à própria sorte pelo advogado por si constituído, de modo que – em razão de alegada dificuldade econômica, e na impossibilidade de “aconselhar-se e muito menos informar-se com seus procuradores” (fl. 71) – outorgou anuência à proposta de acordo formulada pela própria CEF-Caixa Econômica Federal, causando-lhe estranheza o substabelecimento constatado por ocasião da citação no presente feito, razão pela qual, exaltando a violação ao dever de informação e mandato, pugnou pelo inacolhimento do pleito contido na inicial, vergastando o `quantum´ objeto, em razão da ausência de instrumento contratual comprobatório (fls. 70/72).

Manifestando-se, o advogado RODRIGO OTÁVIO COSTA repisou os termos da inicial, invocando o preceito contido no art. 7º, da Lei Complementar nº 110/01 (fls. 75/76).

Não havendo prejudiciais argüidas, passo, de imediato, à análise da ‘quaestio de meritis’, para tanto perscrutando a prova produzida na audiência de instrução e julgamento (fls. 94/102)

Em seu depoimento, RODRIGO OTÁVIO COSTA exaltou que “estavam aguardando a finalização do processo que o autor tinha contratado com o escritório”, o qual “vinha tramitando desde 1998, na 1ª (primeira) Vara Federal de Criciúma, sob o número 9880007859”, sendo que, segundo alegou, “no decorrer do processo o autor recorreu à adesão na CEF”, sacando “um total de R\$ 4.870,05 (quatro mil oitocentos e setenta reais e cinco centavos) fls. 24/31”, distinguindo que “na porta do próprio escritório de advocacia, deixaram um aviso informando que estavam mudando para Joinville-SC; não sabe quanto tempo este tal aviso ficou afixado na porta do escritório”. Todavia, “mediante carta, tentaram contactar com o réu; a carta seria o meio mais econômico e adequado para os custos do escritório, em função do



grande número de autores na ação, por isso não telefonaram; a tal carta endereçada ao réu não retornou para o autor, devolvida pelos CORREIOS; a correspondência não era registrada, era simples” (fl. 82).

ALCIDES MENDES DA SILVA, por sua vez, sobressaiu que, após constituir como procurador o advogado RODRIGO OTÁVIO COSTA, “até 2004, não recebeu nenhum telefonema e nenhuma carta à respeito” de modo que, “quando surgiu a proposta do GOVERNO em pagar 60% (sessenta por cento) do valor do fundo de garantia em dinheiro, foi procurar o advogado autor, para ver o que poderia fazer”. Contudo, “chegando lá na rua Lauro Müller, o escritório estava fechado; a moça que trabalha ao lado informou-lhe que o escritório havia mudado, não deixando nem endereço; então esperou durante mais uns dois meses, esperando se mandava alguma carta ou telegrama”, somente após o que, decidiu “negociar com o GOVERNO; ganhou do GOVERNO na CEF, R\$ 1.600,00 (hum mil e seiscentos reais) mais umas parcelinhas miudinhas”, salientando que “quando a secretário do advogado autor descobriu que o declarante tinha recebido do GOVERNO na CEF, telefonou-lhe dizendo que queria cobrar a quantia de 20% (vinte por cento), no valor de R\$ 700,00 (setecentos reais), dizendo que se eu não quisesse pagar tudo, poderia pagar em parcelas” (fl. 83).

Acerca da validade da prova oral, colhe-se da jurisprudência do TRIBUNAL DE JUSTIÇA de Santa Catarina que “de acordo com o princípio da persuasão racional, o Magistrado apreciará livremente as provas produzidas, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, obrigando-se, todavia, a expor claramente as razões de seu convencimento” (TJSC – AC 00.020945-7 – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Silveira Lenzi – Julgado em 28.11.2000), mais, “a regra geral, em tema de ônus da prova, consagrada pelo art. 333, I, do CPC, é a mesma estatuída por Paulo, compilada por Justiniano, segundo a qual a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega a existência de um fato (Dig. XXII, 3,2). Incumbe, portanto, ao autor demonstrar em juízo a existência do ato ou fato por ele descrito na inicial como ensejador do seu direito. “Se a prova técnica não fornece sinais e dados técnicos que possa levar o juiz a formar um convencimento seguro, a solução da causa é de ser encontrada na prova testemunhal. Sendo conflitante a prova testemunhal produzida pelas partes, a improcedência do pedido se impõe.” (Ap. Cív. nº 33.217, da Capital, rel. Des. Nestor Silveira, in JC 66/354)” (TJSC – AC 97.015845-9 – 4ª C.Cív. – Rel. Des. Pedro Manoel Abreu – Julgado em 01.06.2000).

Na inicial, o advogado RODRIGO OTÁVIO COSTA pugna pela condenação do aposentado ALCIDES MENDES DA SILVA ao pagamento do valor de R\$ 1.452,93 (hum mil, quatrocentos e cinquenta e dois reais e noventa e três centavos), equivalente a 20 % (vinte por cento) do proveito econômico auferido, em razão da adesão ao acordo para pagamento de valores previsto na Lei Complementar nº 110/01 (fls. 02/03).

Entretanto a prova encartada aos autos indica violação ao disposto no art. 667, do CÓDIGO CIVIL, segundo o qual “o mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente”.



Isto porque o art. 668, do aludido `codex´ estabelece que `o mandatário é obrigado a dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja´.

`In casu´, RODRIGO OTÁVIO COSTA foi contratado por ALCIDES MENDES DA SILVA em seu próprio escritório, estabelecido neste município e comarca. Inobstante, ao mudar de endereço, a única providência adotada, foi a afixação, [...] “na porta do próprio escritório de advocacia”, de “um aviso informando que estavam mudando para Joinville-SC”, sequer especificando “quanto tempo este tal aviso ficou afixado na porta do escritório” (fl. 82).

Não se revela adequado pôr a termo atividade profissional numa comarca, sem que os mandantes sejam adequadamente cientificados, e, assim, possam optar pela continuação ou revogação do mandato !

Objetivando o recebimento de significativa vantagem financeira, e demonstrando desorganização e negligência, o causídico RODRIGO OTÁVIO COSTA reconheceu que “mediante carta, tentaram contactar com o réu”, destacando que este “seria o meio mais econômico e adequado para os custos do escritório, em função do grande número de autores na ação, por isso não telefonaram”. E mais: o próprio advogado autor exaltou que “a correspondência não era registrada, era simples”, e, por isso “não retornou para o autor, devolvida pelos CORREIOS” (fl. 82).

Do depoimento prestado por RODRIGO OTÁVIO COSTA, constato que além de transferir escritório e residência para distante comarca do norte do estado, anunciando o fato aos clientes/mandantes através de singelo “aviso” afixado na porta do antigo escritório – meio inadequado –, RODRIGO nem mesmo dignou-se a estabelecer contato efetivo com seu cliente (por telefone, telegrama, sedex, carta registrada, notificação extrajudicial, etc.), ceifando qualquer ensejo de revogação do mandato.

Optou, sim, por quedar-se inerte, efetivamente ocasionando a sensação de abandono descrita pelo aposentado ALCIDES MENDES DA SILVA, o que – além de afrontar a transparência ordenada na Lei nº 8.906/94 (que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil) – contraria o disposto nos arts. 667 e 668, do CÓDIGO CIVIL.

Denunciando a gravidade da falta deliberadamente cometida por seu mandatário, o aposentado ALCIDES MENDES DA SILVA sobressaiu que “até 2004, não recebeu nenhum telefonema e nenhuma carta à respeito” de modo que, “quando surgiu a proposta do GOVERNO em pagar 60% (sessenta por cento) do valor do fundo de garantia em dinheiro, foi procurar o advogado autor, para ver o que poderia fazer”. Então, “chegando lá na rua Lauro Müller, o escritório estava fechado; a moça que trabalha ao lado informou-lhe que o escritório havia mudado, não deixando nem endereço; então esperou durante mais uns dois meses, esperando se mandava alguma carta ou telegrama”, somente após o que, decidiu “negociar com o GOVERNO; ganhou do GOVERNO na CEF, R\$ 1.600,00 (hum mil e seiscentos reais) mais umas parcelinhas miudinhas”, salientando que “quando a secretário do advogado autor descobriu que o declarante tinha recebido do GOVERNO na CEF, telefonou-lhe dizendo que queria cobrar a quantia de 20% (vinte por cento), no valor de R\$ 700,00 (setecentos reais), dizendo que se eu não



quisesse pagar tudo, poderia pagar em parcelas” (fl. 83).

Dúvida não há, que a inércia do patrono constituído resultou em prejuízo para o réu, visto que, houvesse lhe sido garantida a possibilidade de contato com seu mandatário, poderia não ter aderido à proposta de pagamento formalizada pela CEF-Caixa Econômica Federal, executando a sentença que até então desconhecia ter sido prolatada !

O próprio RODRIGO OTÁVIO COSTA reconhece que os termos da composição amigável possibilitada pela Lei Complementar nº 110/2001, condicionavam o recebimento do valor relativo à correção do saldo do FGTS-Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, a um deságio variante entre 8% (oito por cento) e 15% (quinze por cento), o que bem quantifica a perda suportada por ALCIDES MENDES DA SILVA em decorrência da negligência de seu procurador constituído.

Discorrendo acerca da `exceptio non adimpleti contractus`, WALDIR DE PINHO VELOSO acentua que “o direito romano antigo, base do que de moderno existe em termos de codificação e legislação em si, trazia integrado em todo contrato a cláusula pacta sunt servanda. A tradução livre é que os contratos são feitos para serem cumpridos. Há vezes em que um contrato bilateral clássico – celebrado entre duas partes reciprocamente comprometidas pelas cláusulas contratuais – impõe a uma das partes o cumprimento de uma obrigação e estipula que, enquanto esta obrigação não for cumprida, a outra parte contratante não terá obrigação de cumprir para com o seu comprometimento. Outras vezes o contrato não é explícito, mas dispõe sobre obrigações recíprocas. E caberá a uma das partes a alegação e a prova de que a outra ainda não satisfaz o seu compromisso e, destarte, não poderá exigir o cumprimento do que a outra contratante se propôs a satisfazer. Considerando que os contratos são feitos para terem o fiel e inteiro cumprimento, uma parte, de fato não se poderá exigir de uma parte o cumprimento da sua obrigação quando quem o está a exigir ainda não cumpriu o seu dever”.

E prossegue salientando que “a relatividade da cláusula pacta sunt servanda foi relativizada pelo direito canônico com duas outras situações. Uma delas, que recebeu o nome de rebus sic stantibus confirmava que um contrato deveria garantir a situação contratada segundo o seu estado original. Logo, em havendo injustiça, os contratos não deveriam ser cegamente cumpridos e, sim, adaptados para a situação semelhante à do momento da contratação. Outra cláusula que o direito canônico impôs a todo contrato para amenizar a dureza dos conceitos pregados pelo direito romano antigo foi a exigência de entendimento de que uma parte não pode exigir o cumprimento de uma obrigação comprometida pela parte contrária quando ainda não cumpriu o que, por meio do mesmo contrato, comprometeu-se a cumprir. Em latim, a expressão é *exceptio non adimpleti contractus*. Estava sendo criado, portanto, a exceção do contrato não cumprido ou exceção pela inexecução. O uso da exceção do contrato não cumprido teve diminuída a importância a partir do século XVI e, especialmente, quando os mais diversos Estados passaram a ter seus próprios códigos, não mais buscando pelo direito romano, o qual, no segmento em assunto, sempre fazia com que houvesse incursão pelo direito canônico para amenizar a situação rígida anteriormente descrita’.

Mais adiante, brilhantemente destaca que “ressurgiu quando a experiência exigiu dos legisladores a intervenção estatal para que não houvesse abuso. Ou que uma parte tivesse o apoio do Estado/Juiz para



fazer com que uma outra contratante cumprisse uma obrigação e, uma vez satisfeito a seu crédito contratual, manifestasse dificuldades ou impossibilidades em cumprir o que comprometera. Nessa condição, as legislações passaram a admitir a exceção do contrato não cumprido para que o credor pudesse exigir do devedor o cumprimento do seu prometido. Tratava-se, em alguns casos, de uma figura típica de retenção de um crédito até que o débito alheio fosse cumprido. Ou, em outros termos, uma opção de defesa garantidora da fiel e total feitura da obrigação alheia com não entrega da obrigação própria, condicionada à troca simultânea de cumprimentos”.

Lecionando acerca da previsão desta forma de resistência no Direito Pátrio, VELOSO ensina que “o Direito Civil brasileiro já continha a exceção do contrato não cumprido no artigo 1.042 do Código de 1916. Em termos de Brasil atual, para garantir que, mesmo não constante do corpo de um contrato, uma obrigação sinalagmática (de cumprimento simultâneo) somente possa ser exigida quando se provar que houve o cumprimento da parte que ao requerente cabia, há a disposição constante do Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que assim dispõe: Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Fica claro: em havendo contrato bilateral e com obrigações sinalagmáticas, uma parte não pode exigir que a outra cumpra o combinado estando com a sua parte não cumprida. Sempre que se está em juízo pleiteando o adimplemento de um contrato, a parte interessada opõe a exceção do contrato não cumprido ou exceção de inexecução contratual”.

Invocando magistral ensinamento de MARIA HELENA DINIZ, o jurista afirma que “a exceptio non adimpleti contractus é cláusula resolutiva tácita que se prende ao contrato bilateral. Isto é assim porque o contrato bilateral requer que as duas prestações sejam cumpridas simultaneamente, de forma que nenhum dos contratantes poderá, antes de cumprir sua obrigação, exigir o implemento da do outro... O contratante pontual poderá: a) permanecer inativo, alegando a exceptio non adimpleti contractus; b) pedir a rescisão contratual com perdas e danos, se lesado pelo inadimplemento culposo do contrato; ou c) exigir o cumprimento contratual... A exceptio non adimpleti contractus aplica-se no caso de inadimplemento total da obrigação, incumbindo a prova ao contratante que não a cumpriu; e a exceptio non rite adimpleti contractus, por sua vez, é relativa à hipótese de descumprimento parcial da prestação. Assim, quem a invocar deverá prová-la, uma vez que há presunção de ter sido regular o pagamento aceito. Sem embargo dessa diferenciação e apesar da diversidade de efeitos, pode-se afirmar que, substancialmente, ambas têm a mesma natureza por suporem o inadimplemento, visto que o cumprimento incompleto, defeituoso ou parcial é equivalente ao descumprimento” (‘apud’ Código civil anotado. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 703).

Segundo o referido doutrinador, inolvidável que “a condição para a arguição válida da exceção da inexecução é que a parte que a invocar esteja com a sua parte em condições de cumprir o comprometido e estar agindo de boa-fé. Logo, ao alegar que somente não cumprirá a sua parte porque o outro contratante não vem cumprindo o que se comprometeu a fazer, deverá o interessado expor de forma a convencer o Poder Judiciário de que o que dela depende será cumprida no exato momento da satisfação pelo lado da parte adversa. E, por acréscimo, deverá demonstrar que, uma vez cumprida o que se comprometeu a fazer (ou mesmo deixar de fazer), passará a correr um risco de não ver a obrigação contrária sendo acabada de forma perfeita. A verossimilhança deve ser tal que o Magistrado não teria outra opção se não conceder a ordem para que o litigante requerente não se cumpra o que se



comprometeu até que o requerido apresente prova inequívoca de que está em condições comprovadas de adimplir a obrigação assumida” (VELOSO, Waldir de Pinho. Exceção do contrato não cumprido. Juris Síntese nº 43 – set/out de 2003).

Mero compulsar dos autos indica que a perda suportada por ALCIDES MENDES DA SILVA – em razão da desidiosa falta perpetrada por RODRIGO OTÁVIO COSTA – constitui a *exceptio non rite adimpleti contractus*.

Contudo, ante a adesão aos termos da proposta decorrente da Lei Complementar nº 110/2001, inexistente possibilidade de conclusão adequada dos termos do contrato de prestação de serviços advocatícios, o que evidentemente impede o acolhimento do pleito contido na inicial.

Ainda que assim não fosse, a pretensão deduzida por RODRIGO OTÁVIO COSTA assenta-se em inaceitável subjetivismo, na medida em que – apesar de não ter apresentado nenhum contrato de honorários – afirma ter direito ao recebimento do equivalente a 20 % (vinte por cento) da quantia paga extrajudicialmente pela CEF ao aposentado réu.

Nem mesmo a tabela remuneratória da OAB-Ordem dos Advogados do Brasil foi referida, o que recomenda, como medida da mais absoluta Justiça, a improcedência do pedido.

A amparar tal conclusão, impende invocar magnânimo ensinamento professado por DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, para quem “é natural, provável, que um homem não julgue sem constatar o juízo com as provas que lhe são demonstradas. Quando o autor traz um fato e dele quer extrair conseqüências jurídicas, é que, via de regra, o réu nega em sentido geral as afirmações do autor; isto gera uma litigiosidade, que, por conseqüência lógica, faz nascer a dúvida, a incerteza no espírito de quem é chamado a julgar. Neste afã de julgar, o juiz se assemelha a um historiador, na medida em que procura reconstituir e avaliar os fatos passados com a finalidade de obter o máximo possível de certeza, pois o destinatário direto e principal da prova é o juiz. Salienta MOACYR A. SANTOS que também as partes, indiretamente, o são, pois igualmente precisam ficar convencidas, a fim de acolherem como justa a decisão. Para o juiz sentenciar é indispensável o sentimento de verdade, de certeza, pois sua decisão necessariamente deve corresponder à verdade, ou, no mínimo, aproximar-se dela. Ocorre recordar que a prova em juízo tem por objetivo reconstruir historicamente os fatos que interessam à causa, porém há sempre uma diferença possível entre os fatos, que ocorreram efetivamente fora do processo e a reconstrução destes fatos dentro do processo. Para o juiz não bastam as afirmações dos fatos, mas impõem-se a demonstração da sua existência ou inexistência, na medida em que um afirma e outro nega, um necessariamente deve ter existido num tempo e num lugar, i.e., uma de ambas as afirmações é verdadeira. Daí dizer com toda a autoridade J. BENTHAM que “el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas””.

Segue o mestre afirmando que “o problema da verdade, da certeza absoluta, repercute em todas as searas do direito. A prova judiciária não haveria de escapar desses malefícios oriundos dessa concepção, tanto isto é certo que para o juiz sentenciar é necessário que as partes provem a verdade dos fatos alegados, segundo se depreende do art. 332 do Código de Processo Civil” [...], e mais adiante sintetiza que “por



objeto da prova se entende, também, que é o de provocar no juiz o convencimento sobre a matéria que versa a lide, i.e., convencê-lo de que os fatos alegados são verdadeiros, não importando a controvérsia sobre o fato, pois um fato, mesmo não controvertido, pode influenciar o juiz ao decidir, na medida que o elemento subjetivo do conceito de prova (convencer) pode ser obtido, e. g., mediante um fato notório, mediante um fato incontroverso”, destacando que [...] “a parte não está totalmente desincumbida do ônus da prova de uma questão de direito, na medida que cada qual quer ver a sua alegação vitoriosa devendo, por conseguinte, convencer o juiz da sua verdade” e conclui destacando que “o juiz julga sobre questões de fato com base no que é aduzido pelas partes e produzido na prova.” (RIBEIRO, Darci Guimarães. Tendências modernas da prova. RJ n. 218. dez-1995. p. 5).

Nada há, nos autos, de suficiente para o acolhimento da pretensão esboçada pelo advogado RODRIGO OTÁVIO COSTA.

Sabe-se que, na sistemática do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, o ônus da prova, preconizado no seu art. 333, inc. I, estabelece que incumbe ao autor provar fato constitutivo do seu direito. Doutrinando acerca do assunto, acentua o emérito HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que “não há um dever de provar, nem à parte assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 12. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 411).

Da mesma forma, observa o festejado Moacyr Amaral Santos que “como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do juiz (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato. E dada a controvérsia entre o autor e os réus, com referência ao fato e às suas circunstâncias, impondo-se, pois, prová-lo e prová-las, decorre o problema de saber a quem incumbe dar a sua prova. A quem incumbe o ônus da prova? Esse é o tema que se resume na expressão – ônus da prova” (Santos, Moacyr Amaral. Primeiras linhas do direito processual civil. 17. ed. 2. v. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 343-344). Fornecendo a resposta, registra o mestre à pág. 345, que “incumbe o ônus da prova a quem diz, ou afirma, ou age. Ora, que vem a juízo, em primeiro lugar, é o autor; quem inicia a lide é o autor; quem afirma o fato é o autor. Donde tudo parecia mostrar, como corolário imediato daquele preceito, que ao autor cumpria o ônus da prova: *actori incumbit ônus probandi*”, e, ao depois, adita que “o critério para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação – ensina CARNELUTTI – é o do interesse da própria afirmação. Cabe provar – escreve ele – a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas” (p. 347).



Por igual, anotam os brilhantes Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que “segundo a regra instituída por Paulo, compilada por Justiniano, a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega a existência de um fato (Dig. XXII, 3, 2). O autor precisa demonstrar em juízo a existência do ato ou fato por ele descrito na inicial como ensejador do seu direito” (Nery Júnior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. RT, 1994. p. 516).

A respeito, tem decidido o TRIBUNAL DE JUSTIÇA de Santa Catarina que “sustentando-se o direito em fatos, aquele que invoca arca com o ônus da prová-los. Faltando consistência objetiva ao pedido do autor, inarredável é a improcedência da prestação jurisdicional” (ACV nº 44.087, de Campo Erê, rel. Des. Francisco Oliveira Filho). “O autor precisa demonstrar em juízo a existência do ato ou fato por ele descrito na inicial como ensejador do seu direito, sob pena de, não o fazendo, ver inacolhida a sua pretensão” (ACV nº 96.000425-4, da Capital, rel. Des. Eder Graf), e, ainda “ao autor, por evidente, incumbe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito. Não logrando prová-lo satisfatoriamente, a pretensão não pode ser acolhida” (AC nº 1997. 007426-3, Des. Pedro Manoel Abreu), e, por fim, “o ônus da prova incumbe ao autor, quanto aos fatos por ele alegados e dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional, a teor do art. 333, I, do CPC. Não se desincumbindo do ônus probandi, é de ser rejeitado o pedido de reparação de danos decorrentes de acidente automobilístico” (AC nº 2000.010900-2, Des. Luiz Carlos Freyesleben).

O inacolhimento do pleito – lastreado na adequada e suficiente demonstração da ‘exceptio non rite adimpleti contractus’, além da teoria do ônus da prova – encontra arrimo na lição de WILSON CAMPOS, segundo o qual “quais os fatos que o Juiz perquire no processo e que as partes ministram-lhe sob a forma do alegado e provado? São fatos ligados a ‘acontecimentos’ ou sucessos humanos. Não são fatos puros. O juiz precisa ‘compreender’ o que se passa para bem ajuizá-lo. A sentença exprime, sempre, um juízo de valor, e resulta de uma opção feita pelo magistrado. Neste sentido ele assume o seu veredicto (a verdade que diz, com a sentença). É dentro desse campo – essencialmente valorativo – que o Juiz se movimenta. A pesquisa que ele há de fazer, quanto à prova dos fatos, por um lado, é quanto ao Direito aplicável, por outro, é uma pesquisa do Juízo que lhe cumpre expressar e assumir pela sentença. ‘Aplicar’ a lei, para o Juiz, não significa conferir um fato ou uma situação jurídica determinada com uma norma abstrata. É muito mais. não há o que conferir. Há o que descobrir. E o que se descobre é o próprio Juízo de valor, em que consiste a sentença. É esta a verdade judicial, expressa no veredicto do Juiz. [...] na verdade, é o Juiz que compõe a ‘norma’ válida para o caso concreto, esta norma que é a sentença. Antes da sentença, não existem senão ‘normas’, todas elas à disposição do Juiz, mas nenhuma podendo resolver o problema da sentença. E esta norma válida, que é a sentença, resulta da interpretação judicial da Lei. Nisto consiste a função criadora da jurisprudência, função que muitos Juizes exercem sem o saber, como Monsieur Jourdain escrevia prosa.” (CHAGAS. Wilson. A cena judiciária. 2. ed. Porto Alegre: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça, 1983. p. 20-21).

Contemplando tal entendimento, em atenção à disposição contida no art. 5º, inc. XXXV, da CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988, a Lei nº 9.099/95 preceitua, em seu art. 6º, que ‘o Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum’.

De avultar – como destacado pela 4ª TURMA DE RECURSOS – que “o Juiz não pode e não deve, em



hipótese alguma, comportar-se como um autômato, um simples aplicador da estática e fria norma jurídica ao caso concreto, como já se pensou no século passado. O Magistrado é um hermeneuta da norma, o imparcial mediador entre os litigantes, que, para alcançar o seu desiderato, necessita usar de todos os métodos fornecidos pela dogmática da interpretação, considerar sempre os fins sociais a que a lei se destina e as exigências do bem comum (aliás, trata-se de princípio geral insculpido no art. 5º da LICC), além de ter conscientização do papel da ideologia no preenchimento das lacunas do Direito, na busca incessante da justa composição do conflito.” (Joel Dias Figueiras Júnior)” (Apelação Cível nº 2.025, de Tubarão).

Posto isto, considerando, ainda, o mais que dos autos consta – especialmente os princípios gerais de Direito aplicáveis à espécie – com arrimo em o disposto nos arts. 2º, 5º e 6º, ambos da Lei nº 9.099/95, art. 333, incs. I e II, do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, arts. 667 e 668, ambos da Lei nº 10.406/02, julgo improcedente o pedido formulado contra ALCIDES MENDES DA SILVA, visto que RODRIGO OTÁVIO COSTA ‘alegatio et non probatio’ fato constitutivo de seu direito, determinando a imediata remessa de cópia fotostática autêntica integral dos presentes autos ao Conselho Estadual da OAB-Ordem dos Advogados do Brasil, para apuração de afronta ao disposto tanto no CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA, bem como na Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil).

Relevo ao advogado autor o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios devidos ao patrono do réu (art. 55, da Lei nº 9.099/95).

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Tubarão, 20 de março de 2007.

Luiz Fernando Boller

JUIZ DE DIREITO

**Date Created**

24/03/2007