

Apelação Cível n. 2010.023857-6, de Joinville
Relator: Des. Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. COBRANÇA DE TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

**AGRAVO RETIDO DA RÉ.
AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO PARA APRECIÇÃO NAS CONTRARRAZÕES. INOBSERVÂNCIA DE PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE ESPECÍFICO. ART. 523 DO CPC. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE O CONHECIMENTO DA INSURGÊNCIA.**

**APELO DA TRANSPORTADORA AUTORA.
ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO VERBERADA SERIA *EXTRA PETITA*, PORQUANTO ESTRIBADA EM CLÁUSULA NÃO CONVENCIONADA ACERCA DA RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE TRANSLADO MARÍTIMO. AJUSTE COMERCIAL QUE IMPUTARIA À EMPRESA MERCANTE O ÔNUS DO TRANSBORDO, DENOMINADO *FOB-FREE ON BOARD*. MATÉRIA QUE, EMBORA EXPRESSAMENTE NÃO SUSCITADA, ENCONTRA-SE ESTRITAMENTE RELACIONADA COM A TEMÁTICA INERENTE AO COMÉRCIO MARÍTIMO. ARGUMENTAÇÃO INSUBSISTENTE. PREFACIAL AFASTADA.**

MÉRITO. MOBILIÁRIO OBJETO DO CARREGAMENTO DEVIDAMENTE ENTREGUE NO PORTO DE DESTINO. PACTUAÇÃO DE CLÁUSULA *FREIGHT DESTINATION*. INÉRCIA DA DESTINATÁRIA, CONTUDO, EM DESEMBARAÇAR A MERCADORIA ACONDICIONADA NO *CONTAINER* E, VIA DE CONSEQUÊNCIA, ADIMPLIR O FRETE.

EXPORTADORA APELADA QUE EM RAZÃO DA SOLIDARIEDADE COM A IMPORTADORA, NÃO PODE SE FURTAR AO PAGAMENTO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE, PRECIPUAMENTE PORQUE TAL CIRCUNSTÂNCIA RESTOU CONSIGNADA NA *COMMERCIAL INVOICE*.

TESE ACOLHIDA. REFORMA DA SENTENÇA. IMPOSITIVA REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

"[...] Na hipótese de não pagamento do frete, é cabível ação

de cobrança. Como regra, a responsabilidade do embarcador e destinatário é solidária.

Em sede de solidariedade passiva, assiste ao credor o direito de acionar qualquer co-devedor solidário.

O demandado terá direito à ação regressiva contra o que tiver culpa pelo inadimplemento contratual. [...]" (OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. Curso de direito marítimo. vol. II. São Paulo: Editora Manole, 2008. p. 329)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.023857-6, da comarca de Joinville (4ª Vara Cível), em que é apelante Schenker do Brasil Transportes Internacionais Ltda., e apelada Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda.:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, não conhecer do agravo retido, e, de outra banda, conhecer do recurso de apelação e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Rejane Andersen, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Robson Luz Varella.

Florianópolis, 3 de fevereiro de 2015.

Luiz Fernando Boller
RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Schenker do Brasil Transportes Internacionais Ltda., contra a sentença prolatada pelo juízo da 4ª Vara Cível da comarca de Joinville, que nos autos da ação Indenizatória nº 038.03.026500-0 (disponível em <<http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=120005H6W0000&processo.foro=38>> acesso nesta data), ajuizada contra a Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda., julgou improcedente o pedido exordial, nos seguintes termos:

[...] Trata-se de ação onde a autora pretende a cobrança de valores referentes ao contrato de transporte marítimo que disse ter estabelecido com a ré.

A ação é improcedente.

Inicialmente, em relação ao conhecimento de transporte marítimo, a prova dos autos é clara em apontar que o mesmo foi devidamente formalizado.

O documento de fl. 27, com a respectiva tradução de fls. 28/48, aliados a prova testemunhal, não deixam dúvidas de que o contrato foi estabelecido.

Colhe-se da prova testemunhal:

"[...] que a ré contratou a autora para fazer o transporte do 'container' objeto do litígio; que o 'BL' foi confeccionado de acordo com as informações encaminhadas à autora pela ré; que o 'container' foi entregue no destino [...]" (Arline, fl. 156).

"[...] que na cláusula 'FOB' a responsabilidade do exportador é até a mercadoria ser colocada dentro do navio e a responsabilidade do importador é deste ponto até o destino; que sabe que o 'container' chegou no destino; que soube através do processo de exportação; que o importador é responsável pelo recebimento e era o cliente Furniture X; que o importador não retirou a mercadoria e o frete não foi pago; que o importador também não pagou ao exportador a mercadoria. [...] que passa todos os dados para um despachante, OTM Serviços de Logística Ltda., e este entra em contato com o transportador; que a empresa ré é a representante da empresa exportadora e passa a procuração para o despachante para representá-la perante a Receita Federal; [...]" (Kristiane, fl. 163).

Portanto, não tenho dúvidas de que a ré representou a empresa exportadora e foi contratado o transporte.

Agora, analisando o Conhecimento de Transporte Marítimo ("*Bill Of Lading*"), de fl. 27, conforme bem explanado pela autora na réplica de fls. 93/98, não tenho dúvida da existência da cláusula "*FOB*" ("*Free On Board*").

Em relação a tal cláusula, a responsabilidade do exportador, no caso representado pela ré, vai até o embarque da mercadoria do navio, quando, então, toda a responsabilidade passa ao importador.

Colhe-se da obra de Rui Stoco, Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª edição - São Paulo: Ed. RT, 2004, pág. 204:

"Responsabilidade civil. Contrato de transporte. Cláusula 'FOB'. Indenizatória contra a transportadora ajuizada pelo expedidor, em virtude de desatendimento na ordem de não entregar a mercadoria. Improcedência - 'Nas vendas com cláusula 'FOB' em que se tem como convencionado que o vendedor mantém a obrigação de entregar a mercadoria a bordo do navio, que deve transportá-la ao porto do destino, a tradição se opera ao ser entregue a mercadoria no navio, correndo as despesas com essa entrega por conta do vendedor. Diga-se, 'en passant', que as fórmulas

('CIF', 'FAS' e 'FOB'), já consideradas clássicas, são adotadas e transpostas do Direito Marítimo para o Terrestre, como determinadas de convenções de preço. No caso, em razão da mencionada Cláusula 'FOB', deu-se a transferência da propriedade das mercadorias ao destinatário, a partir do momento em que a mesma foi entregue ao embarcador para transporte. Tanto isso é certo que o destinatário tem ação direta contra o transportador, inclusive, para reclamar a entrega das mercadorias [...]' (1º TACSP - 2ª C. - Rel. Roque Komatsu - j. 07/12/1982 - JTACSP 78/108).

Portanto, o contrato existiu, mas com a Cláusula "FOB", reconhecida pela própria autora, não restando responsabilidade à ré.

Desta forma, a improcedência da ação é medida que se impõe.

Isto posto, JULGO IMPROCEDENTE a presente ação, com resolução do mérito, com base no artigo 269, inc. I, do CPC.

Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 3.000,00 (três mil reais), o que faço com base no artigo 20, § 4º, do CPC, observado o zelo profissional, o lugar da prestação do serviço e o tempo exigido para o serviço (fls. 173/176).

Malcontente, a Schenker do Brasil Transportes Internacionais Ltda. argumentou ter sido contratada pela Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda. para efetuar o transporte marítimo do *Container* GESU nº 416577-0, carregado com móveis, a ser entregue para a Furniture X, com sede na Província de Ontário, no Canadá, o que se operou a contento mediante o desembarque da mercadoria no porto de Montreal, no prazo e condições estipuladas.

Assentou, todavia, que a mercadoria não foi retirada daquela zona portuária pela empresa importadora, situação que, segundo alega, não obsta o pagamento da prestação do serviço relativo ao traslado da carga, no montante de R\$ 9.062,65 (nove mil, sessenta e dois reais e sessenta e cinco centavos).

Dito isto, arguiu, preliminarmente, a ocorrência de julgamento *extra petita*, no tocante à discussão da Cláusula que atribuiu à empresa compradora, estabelecida no exterior, o dever de suportar o frete inadimplido, em detrimento da responsabilidade que seria da Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda. - convenção denominada *FOB-Free on Board* -, em razão de tal preceito marítimo não ter sido convencionado pelas contendoras, devendo "*a análise da matéria posta sub judice se dar sob a ótica da responsabilidade contratual, somente*" (fl. 188).

Assim, estribado no Contrato de Conhecimento de Transporte Marítimo - "*B/L-Bill of Lading*" - de nº DC 1603/2002, que dispõe sobre os deveres e obrigações das partes, requer a responsabilização da recorrida, exclusivamente, pelo pagamento do aventado Frete Marítimo - "*Ocean Freight*" -, Taxa de Movimentação da Carga, Carta de Correção e Mensageiro, além das despesas que teve com a Tradutora Juramentada e os serviços cartorários para transcrição do Pacto Comercial ao nosso vernáculo, bradando pelo conhecimento e provimento do reclamo (fls. 181/192).

Recebido o recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl. 198), sobrevieram as contrarrazões, onde a Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda. refutou as teses manejadas pela Schenker do Brasil Transportes Internacionais Ltda., clamando pelo desprovimento do apelo (fls. 202/212).

Ascendendo a esta Corte, foram os autos distribuídos ao

Desembargador Joel Figueira Júnior (fl. 216), tendo a Sexta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, em sessão ordinária realizada em 23/05/2013, reconhecido a sua incompetência para o respectivo julgamento, determinando, então, a redistribuição do processo (fls. 220/224), razão pela qual o apelo foi concluso ao Desembargador Substituto Dinart Francisco Machado (fl. 226), na sequência encaminhado ao Desembargador Getúlio Corrêa, vindo-me às mãos em razão do superveniente assento nesta Segunda Câmara de Direito Comercial.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Por norma de organização e método, impõe-se a análise individual de cada uma das insurgências.

1. - Do agravo retido interposto pela THORATEX COMERCIAL EXPORTADORA E IMPORTADORA LTDA.:

Conquanto a Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda. tenha interposto agravo retido contra a decisão que assentou "*como fatos incontroversos a propriedade do container, assim como o transporte efetuado pelo autor [...]*" (fls. 110/112), a aludida insurgência não merece ser conhecida, visto que nas suas contrarrazões (fls. 202/212), a apelada deixou de expressamente requerer a apreciação do recurso, o que consubstancia a inobservância da exigência contida no art. 523 do Código de Processo Civil, segundo o qual,

Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgado da apelação.

§ 1º Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.

A respeito, dos julgados de nossa Corte colho:

APELAÇÃO CÍVEL - ADIMPLEMENTO CONTRATUAL - SUBSCRIÇÃO DEFICITÁRIA DE AÇÕES. AGRAVO RETIDO - AUSÊNCIA DE PEDIDO PARA APRECIÇÃO - NÃO CONHECIMENTO - INTELIGÊNCIA DO ART. 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Constitui pressuposto recursal específico do agravo retido, a sua expressa reiteração nas razões ou contrarrazões recursais, para a devida apreciação pelo Tribunal. Inexistindo o pedido, não se conhecerá do recurso [...] (Apelação Cível nº 2014.014287-5, da Capital, Rel. Des. Robson Luz Varella, julgado em 17/06/2014).

Portanto, não conheço do agravo retido (fls. 110/112).

2. - Da apelação interposta pela SCHENKER DO BRASIL TRANSPORTES INTERNACIONAIS LTDA.:

Conheço do reclamo porque, além de tempestivo, preenche os demais pressupostos de admissibilidade.

Insurge-se a Schenker do Brasil Transportes Internacionais Ltda. contra a sentença de improcedência, argumentando que foi contratada pela Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda., por meio de "*B/L-Bill of Lading*" (fl. 27),

para efetuar o transporte de mobílias, acondicionadas em *container*, do porto de Itajaí-SC para o porto de Nova Iorque, nos EUA-Estados Unidos da América, tendo como destino final da mercadoria o embarcadouro de Montreal, no Canadá, e assim o fez.

Sucedeu, contudo, que a mercadoria não foi desembarçada pela destinatária Furniture X no local de desembarque, razão pela qual a apelante almeja receber da remetente, situada em nosso país, a necessária reparação pecuniária pelo serviço de traslado oceânico prestado, que totalizou R\$ 9.062,65 (nove mil, sessenta e dois reais e sessenta e cinco centavos).

Portanto, perpassando a controvérsia acerca da preexistência de cláusula prevendo os limites da responsabilidade de cada litigante, impende trazer à luz excerto doutrinário de Paulo Henrique Cremonese, para quem,

[...] O transportador impõe sua vontade, por meio de contrato escrito, com cláusulas impressas e previamente estipuladas. Daí falar-se contrato de adesão.

A vontade do embarcador ou do destinatário da carga limita-se à adesão aos termos contratuais previamente estipulados pelo transportador.

A doutrina brasileira é quase unânime ao proclamar o contrato de transporte marítimo de cargas como um típico contrato de adesão (*Prática de direito marítimo. O contrato de transporte marítimo e a responsabilidade civil do transportador. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 34*).

Tal apontamento é parâmetro perspicaz para o enfrentamento da preliminar suscitada pela Schenker do Brasil Transportes Internacionais Ltda., que - objetivando reverter situação desfavorável -, sustentou que o reconhecimento da celebração de cláusula que lhe imputa responsabilidade indistinta sobre a mercadoria - denominada *FOB-Free On Board* -, constitui solução *extra petita*, porquanto na demanda subjacente, a apelada não teria manejado tal argumento, e a seu respeito não há qualquer previsão na avença celebrada.

Com efeito, nos termos do art. 460 do Código de Processo Civil, "é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu, em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado" (grifei).

Sobre o tema, de paradigmático acórdão de lavra do Desembargador Joel Dias Figueira Júnior, destaco o seguinte excerto:

[...] Determina o Código de Processo Civil, em seus artigos 128 e 460, que:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Acerca dos vícios da sentença, leciona Luiz Rodrigues Wambier:

Os arts. 128 e 460 expressam o que a doutrina denomina de princípio da congruência, ou da correspondência, entre o pedido e a sentença. Ou seja, dado o princípio dispositivo, é vedado à jurisdição atuar sobre aquilo que não foi objeto de expressa manifestação pelo titular do interesse. Por isso, é o pedido (tanto o imediato como o mediato) que limita a extensão da atividade jurisdicional. Assim,

considera-se *extra petita* a sentença que decidir sobre pedido diverso daquilo que consta da petição inicial. Será *ultra petita* a sentença que alcançar além da própria extensão do pedido, apreciando mais do que foi pleiteado. E é *infra petita* a sentença que não versou sobre a totalidade do pedido, apreciando apenas parcela dele, sem, todavia, julgar tudo quanto tenha sido expressado no pedido. Claro que a limitação da sentença também diz respeito indiretamente à causa de pedir, pois, ao analisar o pedido, necessariamente deverá o julgador ter em vista os fatos e os fundamentos que lhe dão sustentáculo. Se a causa de pedir não integra o pedido, certamente o identifica. Assim, também é vedado ao juiz proferir sentença fundada em outra causa de pedir que não a constante da petição inicial (*Curso avançado de processo civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. p. 303). [...] (Apelação Cível nº 2009.019128-1, da Capital, julgado em 01/07/2011).

Na demanda em questão, não há que se falar em julgamento *extra petita*, visto que a cláusula combatida está inserida na gama daquelas que compõem a sistemática das relações comerciais marítimas, e, como tal, serve de lastro para a adequada solução da controvérsia.

Via de consequência, não constato qualquer impropriedade formal na sentença, o que não afasta, todavia, a necessidade de exame do acerto da decisão verberada acerca da correta interpretação conferida ao sobredito ajuste comercial.

Pois bem.

Pretende a Schenker do Brasil Transportes Internacionais Ltda. ser indenizada dos gastos que suportou com a realização do frete do transporte marítimo executado em prol da relação comercial estabelecida entre a Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda. com a empresa Furniture X, destinatária do mobiliário, situada em território estrangeiro (fl. 49).

Para consecução de tal negócio jurídico, forçoso é a adesão, pela remetente, ao "*Bill of Lading*", documento denominado "*Conhecimento de Transporte Marítimo*", considerado indispensável ao comércio exterior em geral.

Referido instrumento é previsto em nosso ordenamento legal pátrio no art. 744 do Código Civil, segundo o qual, "*ao receber a coisa, o transportador emitirá conhecimento com a menção dos dados que a identifiquem, obedecido o disposto em lei especial*".

Das ensinanças de Eliane M. Octaviano Martins acerca da emissão do *Bill of Lading*, haure-se que:

[...] O preenchimento do Conhecimento de Embarque Marítimo é feito no verso do documento e, como regra, pode ser, no todo ou em parte, manuscrito, datilografado ou, como é usual, previamente impresso. Constarão normalmente do "*BL*" várias informações pertinentes ao contrato de transporte, nos termos das condições acordadas entre as partes contratantes e delineadas nos campos a serem preenchidos nos formulários (*Curso de direito marítimo*. vol. II. São Paulo: Editora Manole, 2008. p. 266).

Prosseguindo, a notável doutrinadora destaca ainda que:

[...] Como regra, são exigidas as seguintes informações: denominação da empresa emissora; número do conhecimento; data da emissão; nome e viagem do navio; embarcador; depositário; nome de quem vai ser notificado quando da chegada

da mercadoria; tipo da mercadoria e suas características gerais (quantidade, peso bruto, embalagem, volume, marcas etc.); forma de pagamento do frete ("*prepaid*" ou "*collect*"); valor do frete (em algarismos e por extenso); nome do agente da companhia transportadora no porto de embarque, com o carimbo e a assinatura do responsável; carimbo do local de estiva da mercadoria ("*shipped on board*"); portos ou pontos de embarque, destino e transbordo. No verso do "*BL*" estão delineadas as cláusulas que retratam as condições do transporte. Destacam-se, em essencial e pela relevância, a cláusula "*paramount*" de legislação aplicável, a cláusula de competência jurisdicional, cláusulas limitativas e/ou exonerativas de responsabilidade do transportador marítimo durante o transporte, cláusulas de avarias grossas, entre outras (*Curso de direito marítimo*. vol. II. São Paulo: Editora Manole, 2008. p. 267).

De igual sentir, pertinente mencionar a descrição conferida pelo Glossário do Portal de Informações Portuárias, disponibilizado pelo Governo Federal, acerca do aventado documento:

[...] BILL OF LADING (BL)

Conhecimento de embarque que compõe o manifesto de carga. Documento emitido pelo agente da empresa de transporte ou pela própria empresa de transporte. Registra o proprietário da carga exportada na sua consignação. Nele são informados: o destinatário, o consignatário, a quem deve ser notificada chegada da carga, o tipo de carga, quantidade, peso, tipo de acondicionamento, número de cada *container*, se for utilizado, selo, declaração de que foi embarcada a bordo, se frete pré-pago ou a pagar no destino, etc (disponível em <http://www.portosempapel.gov.br/glossario?pathbar=glossario_portuario> acesso nesta data).

Neste contexto, impende destacar que integram objetivamente a relação jurídica, consubstanciada no aventado documento, a Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda. - empresa remetente da mercadoria -, e a Schenker do Brasil Transportes Internacionais Ltda. - efetiva prestadora do serviço de transporte marítimo -, estando por fim a destinatária da carga, a Furniture X, situada em um peculiar polo da negociação, descrita por Paulo Henrique Cremoneze da seguinte forma:

[...] De fato, outra característica importante do contrato de transporte de coisas é a presença da exatamente "*estipulação em favor de terceiro*".

Nem sempre o destinatário final da obrigação de transportes tem a oportunidade de participar da celebração do negócio jurídico.

Normalmente, o contrato é celebrado pelo embarcador e pelo transportador.

Mesmo assim, o destinatário final é considerado parte por equiparação legal.

A estipulação em favor de terceiro é poderoso mecanismo de calibragem do Direito das Obrigações, já que permite ao beneficiário de uma obrigação de transporte defender seus direitos e interesses como se parte fosse.

Mais adequado seria a denominação "*estipulação em favor de outrem*", já que o destinatário não é, em verdade, um terceiro, mas parte do contrato por excelência, ainda que tudo tenha sido estipulado em seu favor por outrem.

Dá-se isso em razão das particularidades do contrato de transporte marítimo, sobretudo no plano do comércio exterior, como sendo etapa invencível do próprio contrato de venda e compra internacional. [...] (*Prática de direito marítimo*. O contrato de transporte marítimo e a responsabilidade civil do transportador. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 34).

Com efeito, ressaio exatamente a ocorrência de tal descrição doutrinária, qual seja, prepondera no Conhecimento de Carga a indicação de que o pagamento pelo frete marítimo seria de responsabilidade da destinatária, conforme estampado no campo "*Freight payable at DESTINATION*" (frete a pagar no destino - fl. 27), modalidade prevista na Cláusula 13.2 da avença (fl. 44).

Contudo, considerando que a Furniture X não retirou o respectivo *container* carregado com móveis, assertiva corroborada por testemunhas, uníssonas em afirmar que o "*importador não retirou o container no destino*" (fl. 156), ou "*que o importador não retirou a mercadoria*" (fl. 162), exsurge a necessidade de apurar-se o grau de responsabilidade da remetente apelada relativamente ao ônus do frete despendido pela transportadora suplicante, já que incontroversa a realização do traslado oceânico.

Neste sentido, não desconheço a existência de menção no rodapé da Fatura Comercial (*Commercial Invoice* - fl. 49), do sutil apontamento do termo *FOB-Brazilian Port*, indicativo que na linguagem comercial marítima representa:

[...] o vendedor/exportador suporta custos e se responsabiliza até a colocação da mercadoria, desembarçada para exportação, a bordo do navio designado pelo comprador/importador no porto de embarque designado. A partir daquele momento, o comprador/importador assume todas as responsabilidades quanto a perdas e danos. [...] (OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. *Curso de direito marítimo*. vol. II. São Paulo: Editora Manole, 2008. p. 122)

Entretanto, tal assunção de obrigação operou-se estritamente entre a apelada Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda. e a destinatária situada no Canadá, a Furniture X, quando, ao revés disso, "*a cláusula FOB, [...], deve ser expressamente ajustada entre as partes, não sendo suficiente simples menção na nota fiscal*" (TJRS, Apelação Cível nº 70057721722, de Caxias do Sul, Rel. Dra. Elaine Maria Canto da Fonseca, julgado em 20/03/2014).

No mesmo rumo:

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE. EMISSÃO E PROTESTO DE DUPLICATA. A contratação do transporte com cláusula *FOB (Free on Board)* ou *CIF (Cost, Insurance and Freight)* é adjeta ao contrato de compra e venda. Ou seja, o transportador é terceiro estranho a essa negociação. Situação em que, além de não comprovada a efetiva contratação da cláusula FOB, está evidenciado que a empresa autora contratou a transportadora, razão pela qual é responsável pelo pagamento do frete. Emissão de duplicata e respectivo protesto que, no caso, não se revestem de ilegalidade. APELO DESPROVIDO (TJRS, Apelação Cível nº 70055654529, de Porto Alegre, Rel. José Aquino Flôres de Camargo, j. 12/09/2013 - grifei).

Disto defluiu que a aventada Cláusula *FOB ("Free On Board")*, lançada na Fatura de Venda supra mencionada, afigura-se inócua perante os ajustes insertos no Conhecimento de Transporte Marítimo, visto que, este sim, abordou com eficácia a temática da responsabilidade de cada contratante, não deixando dúvidas ou espaço para suposições quanto ao encargo da cada um, senão vejamos:

[...] 13.6 Apesar do aceite do Transitário de Carga das instruções para cobrar frete, encargos ou as despesas de qualquer outra pessoa em relação ao transporte de acordo com o presente CT-B/L, o Comerciante permanecerá responsável pelas quantias quando de posse da prova do pedido e na ausência de pagamento, por

qualquer razão que seja. [...] (fls. 45/46).

Gize-se, ademais, que o "Comerciante" alhures indicado - que embarca as mercadorias no navio da transportadora -, resta personificado na Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda., de modo que, de outro turno, o "Transitário" corresponde à própria apelante, advindo, daí, que a solução mais adequada para o caso em liça é a responsabilização da ré pela inadimplência do frete, visto que não pago pela destinatária.

Inclusive, ressaio pertinente apontamento doutrinário a respeito:

[...] Na hipótese de não pagamento do frete, é cabível ação de cobrança. Como regra, a responsabilidade do embarcador e destinatário é solidária.

Em sede de solidariedade passiva, assiste ao credor o direito de acionar qualquer co-devedor solidário.

O demandado terá direito à ação regressiva contra o que tiver culpa pelo inadimplemento contratual. [...] (OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. *Curso de direito marítimo*. vol. II. São Paulo: Editora Manole, 2008. p. 329 - grifei)

Ora, nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil, à autora incumbe a prova dos fatos constitutivos de seu direito, ao passo que à ré cabe a prova dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito daquele.

Para Luiz Guilherme MARINONI E SÉRGIO CRUZ ARENHART,

A produção de prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável. Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável. Ou seja, o descumprimento desse ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, *mas no aumento do risco de um julgamento contrário*, uma vez que, como precisamente adverte PATTI, uma certa margem de risco existe também para a parte que produziu a prova (Manual do Processo de Conhecimento, 4. ed., Editora: RT, 2005, p. 266).

Ao abordar o tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, com extrema propriedade, exaltam que:

Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte.

[...] o ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza (Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante, 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 608).

Nesta esteira de raciocínio, Moacyr Amaral dos Santos leciona 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 autor e réu 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 (Primeiras Linhas do Direito Processual Civil, Editora: Saraiva, 17ª ed., 1995, v. 2, p. 343/344).

Assim, considerando que a recorrida confirmou que a "operação de

exportação foi realizada [...]" (fl. 206), ou seja, que deu azo a realização do frete, tornou incumbência sua, portanto, refutar mediante prova soberba a responsabilidade de referida obrigação, ou demonstrar o seu adimplemento.

Ora, no momento em que a ré invoca seu direito subjetivo de defesa, traz para o processo um ônus, ou seja, uma carga, um fardo, que é a prova dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito da autora, sob pena de não o fazendo, sofrer as consequências processuais decorrentes da sua omissão.

Incumbia pois à Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda., produzir eficiente substrato probatório, capaz de desconstituir a documentação encartada pela Schenker do Brasil Transportes Internacionais Ltda., visto que simples afirmações desprovidas de comprovação inviabilizam o acolhimento da tese defendida.

Portanto, considerando que a recorrida não se desincumbiu a contento do ônus processual preconizado no art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil, necessária é a reforma da sentença, devendo a autora ser ressarcida nas despesas com o traslado oceânico da carga objeto do Conhecimento de Transporte Marítimo (fl. 27), bem como as expensas apontadas na exordial no tocante à contratação de Tradutora Juramentada e os serviços cartorários para transcrição do Pacto Comercial ao nosso vernáculo (fl. 03).

Por derradeiro, avulto que o ajuste comercial celebrado foi valorado em moeda estrangeira (dólares americanos), sendo indispensável alinhar a condenação ora imposta ao estatuído no art. 315 do Código Civil, segundo o qual "*as dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal*".

A propósito, aliás, dispõe a Cláusula 13.2 do Conhecimento de Transporte Marítimo que:

[...] O frete e todos os outros encargos mencionados sob o presente CT-B/L serão pagos na moeda indicada neste conhecimento ou, a critério do Transitário de Carga, na moeda do país de despacho ou de destino, pela taxa de câmbio mais alta estipulada pelo sistema bancário, para títulos pagáveis na apresentação para frete pré-pago no dia do despacho, e para o frete a pagar no destino, no dia que o Comerciante for avisado sobre a chegada das mercadorias ou na data da retirada do pedido de entrega, a taxa que for mais alta, ou a critério do Transitário de Carga, na data do presente CT-B/L. [...] (fl. 44 - grifei).

No caso em prélio, considerando que não houve retirada da carga pela destinatária - modalidade "*frete a pagar*" - a qual perfectibilizaria a conversão da indenização com base no câmbio do dia do desembarque portuário do *container*, deve, em contrapartida, prevalecer a cotação do dólar norte americano no dia 15/12/2002, data da emissão do Termo de Carga (fl. 27).

Dessarte, manifesto-me no sentido de não conhecer do agravo retido. De outra banda, pronuncio-me pelo conhecimento da apelação, reformando a sentença, julgando procedente o pedido nos termos do art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil, condenando a Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda. ao pagamento de indenização equivalente a US\$ 3.050,00 (três mil e cinquenta dólares americanos), observado o apontamento para conversão da moeda em reais,

devidamente atualizado (15/12/2002 - fl. 27), com juros de mora de 1% (hum por cento) ao mês, desde a citação (10/02/2004), além de mais R\$ 300,00 (trezentos reais) relativos às despesas com Tradutora Juramentada e serviços cartorários para transcrição do Pacto Comercial, também corrigidos monetariamente (26/09/2003 - fl. 48), com incidência dos juros de mora de 1% (hum por cento) ao mês, desde a citação, impondo à ré, via de consequência, o dever de honrar o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (art. 20, parágrafo 3º do Código de Processo Civil).

É como penso. É como voto.