

Apelação Cível n. 2011.064458-3, de Indaial  
Relator: Des. Luiz Fernando Boller

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE DAR COISA CERTA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.**

**APELO DA MALHARIA AUTORA, OBJETIVANDO SEJA A INDÚSTRIA RÉ COMPELIDA A ENTREGAR AS MERCADORIAS ADQUIRIDAS POR INTERMÉDIO DO RESPECTIVO REPRESENTANTE COMERCIAL.**

**NOTAS FISCAIS E RELAÇÃO DE DUPLICATAS REFERENTES A TRANSAÇÕES ANTERIORES, PACTUADAS PELAS DEMANDANTES, QUE COMPROVAM A RELAÇÃO MERCANTIL MANTIDA ATRAVÉS DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL.**

**RECIBO DE PAGAMENTO EMITIDO PELO PREPOSTO. ESTIPÊNDIO FEITO DE BOA-FÉ AO CREDOR PUTATIVO. ART. 309 DO CC.**

**POSTULANTE QUE SE DESINCUMBIU A CONTENTO DO ÔNUS DE PROVAR FATO CONSTITUTIVO DO SEU DIREITO. ART. 333, INC. I, DO CPC. VIABILIDADE DE EXIGIR O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. ART. 475 DO CC. SENTENÇA REFORMADA.**

**RECLAMO CONHECIDO E PROVIDO.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.064458-3, da comarca de Indaial (1ª Vara Cível), em que é apelante Olimic Malhas Ltda., e apelada Santo Amaro S/A - Indústria e Comércio:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe 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, 9 de dezembro de 2014.

Luiz Fernando Boller  
RELATOR

## RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta pela Olimic Malhas Ltda., contra sentença prolatada pelo juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Indaial, que nos autos da ação de Ordinária de Obrigação de Dar Coisa Certa nº 031.09.004163-2 (disponível em <http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.Codigo=0V0051NK30000&processo.foro=31>)

> acesso nesta data), ajuizada contra a Santo Amaro S/A-Indústria e Comércio, julgou improcedente o pedido, o que fez nos seguintes termos:

[...] Pretende a autora a entrega de 5.000 (cinco mil) quilos de fio tipo HB 2/28, 100% (cem por cento) acrílico, no valor unitário de R\$ 16,50 (dezesesseis reais e cinquenta centavos), totalizando o montante de R\$ 82.500,00 (oitenta e dois mil e quinhentos reais), o qual restou devidamente quitado.

Alega a autora que a empresa Jaison Fios Ltda. comprava os fios da ré, e os revendia à autora e terceiros, sendo a empresa referida representante daquela.

Os documentos acostados aos autos não indicam a realização da compra referida pela empresa autora.

O Recibo de fl. 13 apenas indica relação havida entre a autora e Jaison Fios Ltda.

Além disso, não comprovou a autora a representação ou agenciamento pela empresa Jaison Fios Ltda., ônus que lhe cabia.

Assim, cabe à parte autora a prova do fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 331, I do Código de Processo Civil.

Ora, ao realizar transação comercial, tinha a obrigação de cobrar a comprovação da condição de representante, "lato sensu", que ora alega. Se não o fez, deve arcar com os ônus daí advindos.

Não é razoável que a empresa ré, que pelo do que dos autos consta, não manteve relação direta ou por terceiros autorizados, com a parte autora, venha a ser responsabilizada pela utilização desautorizada de seu nome. [...].

Assim, a autora não se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, ou seja, que adquiriu da empresa ré 5.000 (cinco mil) quilos de fio tipo HB 2/28, no valor unitário de R\$ 16,50 (dezesesseis reais e cinquenta centavos), e que tal pedido foi devidamente adimplido e não entregue.

Ante o exposto, rejeito os pedidos da parte autora, com fulcro no art. 269, I do Código de Processo Civil.

Despesas processuais e honorários, fixados em R\$ 850,00 (oitocentos e cinquenta reais), pela parte autora (fls. 80/82).

Fundamentando a insurgência, a Olimic Malhas Ltda. argumenta que tanto as Notas Fiscais juntadas às fls. 14/17, bem como as Escrituras Públicas de Declaração de fls. 19/20, descortinam que a Jaison Fios Ltda. atuava, sim, na condição de representante comercial da Santo Amaro S/A-indústria e Comércio, de modo que o Recibo de fl. 13 comprova a aquisição de 5.000 kg (cinco mil quilogramas) do fio tipo HB 2/28, 100% (cem por cento) acrílico, da apelada, porquanto emitido pela aludida representante.

Neste rumo, asseverou que "até o ano de 2003 as relações comerciais mantidas entre as litigantes eram operadas diretamente, e a partir daí passaram a ser

*efetuadas por intermédio da sua representante, Jaison Fios Ltda."* (fl. 95), sendo esta última responsável, também, por receber os pagamentos e dar quitação, termos em que pugnou pelo conhecimento e provimento da insurgência (fls. 87/96).

Recebido o recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl. 99), a Santo Amaro S/A-indústria e Comércio, conquanto intimada, deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contrarrazões (fl. 101).

Ascendendo a esta Corte, foram os autos originalmente distribuídos ao Desembargador Jorge Luiz de Borba (fl. 104), após remetidos por transferência ao Desembargador Raulino Jacó Brüning e, depois, ao Desembargador Substituto Dinart Francisco Machado, posteriormente ao Desembargador Getúlio Corrêa, vindo-me conclusos em razão do superveniente assento nesta Segunda Câmara de Direito Comercial.

É, no essencial, o relatório.

## VOTO

Conheço do recurso porque, além de tempestivo, atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

A Olimic Malhas Ltda. ajuizou a demanda subjacente objetivando compelir a Santo Amaro S/A-Indústria e Comércio a cumprir a obrigação objeto do Recibo de fl. 13, emitido em 09/08/2005 - consubstanciada na entrega de 5.000 kg (cinco mil quilogramas) de fio HB 2/28, 100% (cem por cento) acrílico -, alegando que a avença foi firmada com Jaison Fios Ltda., a representante comercial desta, tendo efetuado o pagamento do preço ajustado, no valor de R\$ 82.500,00 (oitenta e dois mil e quinhentos reais) a esta última, com cheques emitidos por terceiros, mas que, todavia, a mercadoria adquirida não foi entregue na data aprazada (fls. 01/07).

Malcontente com a improcedência da pretensão, a postulante insiste que *"até o ano de 2003 as relações comerciais mantidas entre as litigantes eram operadas diretamente, e a partir daí passaram a ser efetuadas por intermédio da sua representante, a Jaison Fios Ltda."* (fl. 95), sendo esta responsável também por receber os pagamentos e dar quitação, de modo que, tendo adimplido o preço convencionado, incumbe à ré cumprir a obrigação de entregar a linha fiada e torcida adquirida.

Pois bem.

Segundo o disposto no art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil, à malharia autora incumbia a prova do fato constitutivo do seu direito.

A propósito, 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. (MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, Manual do Processo de Conhecimento, 4. ed., Editora: RT, 2005, p. 266).

Do mesmo modo, ao abordar o tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, com extrema propriedade, ministram 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).

Não diverge Ernane Fidélis dos Santos, para quem:

O princípio que deve orientar o julgamento é o da verdade real dos fatos. [...] Um dos mais relevantes princípios subsidiários da verdade real é o da distribuição do

ônus da prova. [...] A regra que impera mesmo em processo é a de que *'quem alega o fato deve prová-lo'*. O fato será constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, não importando a posição das partes no processo. Desde que haja a afirmação da existência ou inexistência de fato, de onde se extrai situação, circunstância ou direito a favorecer a quem alega, dele é o ônus da prova. [...] Em determinadas situações, o juiz lança mão de critério subsidiário da verdade real, usando-se do ônus da prova, mas para atribuí-lo à parte a quem desfavorece juízo de maior probabilidade. Quer-se provar que o cidadão não foi ao serviço em determinado dia, mas há dúvida sobre o fato. Sabe-se, contudo, que dos trinta dias do mês faltou ele vinte e cinco. Mesmo que a prova da falta pertença a outra parte, já há probabilidade maior a lhe favorecer, de forma tal que o empregado não pode ser desincumbido de provar o comparecimento. O juízo de maior probabilidade se mantém em estrita ligação com as regras de experiência (art. 335), aplicáveis de acordo com o *quod plerumque fit*. (Manual de Direito Processual Civil, volume 1: processo de conhecimento. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 509/511).

Ainda acerca do assunto, valioso é o ensinamento de Darci Guimarães Ribeiro, segundo o qual:

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 asseverando 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 [...].

Mais adiante, sintetiza realçando 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.

Aprégoa, por fim, 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. [...] 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).

Sob tal prisma, ao contrário do que concluiu o magistrado sentenciante, a postulante se desincumbiu a contento do ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, dos autos extraindo-se que a Jaison Fios Ltda. pactuou o contrato de compra e venda mercantil objeto, na qualidade de representante comercial da ré Santo Amaro S/A-Indústria e Comércio, visto que nas Notas Fiscais nºs 073.926, 071.444, 068.522 e 058.325, emitidas por esta última - relativas à aquisição de fios pela malharia autora, datadas de 01/02/2005, 06/10/2004, 30/06/2004 e 16/05/2003, respectivamente -, consta expressamente, no Quadro *"Dados Adicionais"*, a informação *"repr.: 032/Jaison Fios Ltda."* (fls. 14/17).

Da mesma forma, nas Notas Fiscais nºs 063.964 e 074.333 - encartadas nos autos pela própria Santo Amaro S/A-Indústria e Comércio -, datadas de 08/01/2004 e 21/02/2005, respectivamente, a Jaison Fios Ltda. figura como sua representante comercial (fls. 53/54).

Ademais, na cópia fotostática da Duplicata nº 63964/0, emitida pela Santo Amaro S/A-Indústria e Comércio, sendo sacada a Olimic Malhas Ltda., também consta a observação *"32-Jaison Fios Ltda."* (fl. 52).

Aliás, da Relação de Duplicatas por Cliente apresentada pela Santo Amaro S/A-Indústria e Comércio, extrai-se que a Jaison Fios Ltda. figurou como representante comercial em todas as 44 (quarenta e quatro) transações efetivadas com a apelante, no período de 05/09/2002 a 21/02/2005 (fl. 47).

Neste rumo - ainda que a Jaison Fios Ltda. tenha adquirido fios diretamente da ré apelada, o que se evidencia pelas Notas Fiscais nºs 077.084, 077.110, 077.220, 077.376, 077.488, 077.961, 078.898 e 078.357 (fls. 55/62) -, não há como afastar a conclusão de que atuou na condição de representante comercial no tocante à alienação de produtos.

Não bastasse isso, da Escritura Pública de Declaração firmada por Antonio Lucemar Nascimento, extrai-se que:

[...] o Declarante é proprietário da empresa Confecções Dorcas Ltda. desde 1997. O declarante tomou conhecimento no ano de 2001 ou 2002 que o Sr. Jaison Marcos Formento havia constituído uma empresa de representação de fios (Jaison Fios Ltda., localizada em Blumenau-SC), passando a representar a empresa Santo Amaro S/A-Indústria e Comércio, sediada na cidade de Guarulhos-São Paulo, sendo que esta empresa produz fios acrílicos utilizados pela sua empresa. O declarante esclarece que o Sr. Jaison era representante exclusivo da empresa Santo Amaro na região. Diante desses fatos começou a contatar com o Sr. Jaison a fim de adquirir o produto, fio HB 2/28. O declarante efetuava o pedido diretamente a Jaison, em sua

maioria por telefone. Por sua vez, os pagamentos eram feitos antecipadamente, em função de conseguir preços melhores, diretamente ao Jaison. Ou seja, este vinha na empresa buscar os cheques ou o declarante levava os cheques na sede da empresa de Jaison, que repassava à empresa que representava. A empresa Santo Amaro enviava o fio diretamente ao declarante ou para o Jaison e este entregava para a empresa Dorcas. O declarante afirma que estas operações se desenvolveram sem problemas por aproximadamente quatro anos. Os pagamentos eram feitos à Jaison com cheques da empresa Dorcas do Banco HSBC, nominais à Jaison Fios Ltda. O declarante salienta que a empresa Santo Amaro S/A sempre autorizou que os pagamentos fossem feitos ao seu representante Jaison, sendo que em nenhum momento houve a comunicação de que Jaison não representaria mais a empresa. Que ligou para a empresa Santo Amaro e falou com o funcionário João Batista, pelo que se recorda diretor de vendas, e este autorizou que os pagamentos fossem feitos diretamente ao representante Jaison (fl. 19).

Igualmente, da Escritura Pública de Declaração subscrita por Joni Baptista Menegazzi colhe-se que:

[...] O declarante é proprietário da empresa Confecções Fluency Ltda. desde 1996. O declarante tomou conhecimento no ano de 2001 ou 2002 que o Sr. Jaison Marcos Formento havia constituído uma empresa de representação de fios (Jaison Fios Ltda., localizada em Blumenau-SC), passando a representar a empresa Santo Amaro S/A-Indústria e Comércio, sediada na cidade de Guarulhos-São Paulo, sendo que esta empresa produz fios acrílicos utilizados pela sua empresa. O declarante esclarece que o Sr. Jaison era representante exclusivo da empresa Santo Amaro na região. Diante desses fatos começou a contatar com o Sr. Jaison a fim de adquirir o produto, fio HB 2/28. O declarante efetuava o pedido diretamente a Jaison, em sua maioria por telefone. Por sua vez, os pagamentos eram feitos antecipadamente, em função de conseguir preços melhores, diretamente ao Jaison, ou seja, este vinha na empresa buscar os cheques ou o declarante levava os cheques na sede da empresa de Jaison, que repassava à empresa que representava. A empresa Santo Amaro enviava o fio diretamente ao declarante. O declarante afirma que estas operações se desenvolveram sem problemas por aproximadamente quatro anos. Os pagamentos eram feitos à Jaison com cheques de terceiros, clientes da empresa do declarante. O declarante salienta que a empresa Santo Amaro S/A sempre autorizou que os pagamentos fossem feitos ao seu representante Jaison, sendo que em nenhum momento houve a comunicação de que Jaison não representaria mais a empresa (fl. 20).

De outro vértice, a Santo Amaro S/A-Indústria e Comércio não provou a existência de fato impeditivo do direito da Olimic Malhas Ltda., ônus que lhe incumbia, nos termos do art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil, tendo, inclusive, mantendo-se inerte quanto à comprovação de que *"a empresa Jaison Fios Ltda. apenas comercializava os fios da empresa Santo Amaro S/A, [...] não possuindo qualquer representatividade perante a requerida"* (fl. 30), tampouco de que *"sempre foi tido como prática comercial o pagamento através de TED ou boleto diretamente à empresa requerida"* (fl. 29), não tendo *"jamais autorizado a terceiros, e em especial a Jaison Fios Ltda., o recebimento de valores em seu nome"* (fl. 30), sendo certo que, para tanto, bastaria ter juntado nos autos, comprovantes dos alegados pagamentos feitos diretamente pela Olimic Malhas Ltda. em seu proveito, mas não o fez.



E nem se diga que a Jaison Fios Ltda. não era representante comercial da recorrida em razão da inexistência de exclusividade, já que tal elemento é prescindível para a caracterização da representação comercial autônoma, nos termos do art. 1º da Lei nº 4.886/65, segundo o qual,

Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios (grifei).

Não obstante, o art. 309 do Código Civil estatui que *"o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor"*.

Sobre o assunto, Sílvio de Salvo Venosa leciona que:

Pode ocorrer o pagamento a pessoa que tenha a aparência de credor ou de pessoa autorizada. É o caso do credor putativo. O exemplo mais marcante é o caso do credor aparente. Contudo, muitas situações podem ocorrer. Suponhamos o caso de alguém que, ao chegar a um estabelecimento comercial, paga a um assaltante, que naquele momento se instalou no guichê de recebimentos, ou a situação de um administrador de negócio que não tenha poderes para receber, mas aparece aos olhos de todos como um efetivo gerente. Não se trata apenas de situações em que o credor se apresenta falsamente com o título ou com a situação, mas de todas aquelas situações em que se reputa o *accipiens* como credor. [...] A lei condiciona a validade do pagamento ao fato de o *accipiens* ter a aparência de credor e estar o *solvens* de boa-fé. Restará ao verdadeiro credor haver o pagamento do falso *accipiens*. (In Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 186-187).

Assim, tendo a Olimic Malhas Ltda. efetivado o pagamento a representante comercial da Santo Amaro S/A-Indústria e Comércio, que já havia intermediado negócios anteriores firmados pelas partes e, em seu entender, aparentava ter poderes para receber pagamentos e dar quitação - tanto é que emitiu o Recibo de fl. 13 -, deve a Santo Amaro S/A-Indústria e Comércio responder pelas consequências advindas do inadimplemento contratual.

A propósito, dos julgados de nosso Pretório colhe-se que:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. ESCRITURA PÚBLICA DE CONFISSÃO E RECONHECIMENTO DE DÍVIDA. SENTENÇA QUE RECONHECEU O PAGAMENTO DA DÍVIDA E EXTINGUIU A EXECUÇÃO. PAGAMENTO REALIZADO AO FUNCIONÁRIO DA EMPRESA. CREDOR PUTATIVO CONFIGURADO. EXEGESE DO DISPOSTO NO ART. 309 DO CÓDIGO CIVIL. TEORIA DA APARÊNCIA. RECIBO DE QUITAÇÃO PREENCHENDO TODOS OS REQUISITOS LEGAIS. VALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Verificada a boa-fé do devedor, que realiza o pagamento ao credor putativo acreditando ser ele o verdadeiro credor, deverá ser exonerado da obrigação, ainda mais, quando portador de recibos que atestam a quitação da dívida.

Em se tratando da teoria da aparência, *"ao terceiro em nada repercute a alteração contratual ensejadora do encerramento do vínculo de representação comercial com a empresa Apelante, e, menos ainda, o exercício desses poderes, a não ser demonstrada a má-fé do terceiro.*

*Até porque, a boa-fé da Autora não restou derruída nos autos, pois ausente qualquer indício da prova a demonstrar que ela tinha ciência da real situação do representante comercial da empresa, justificando-se, a aplicação da teoria da aparência, in casu, exatamente como decidido pelo magistrado a quo, pelo que deve ser mantida a sentença" (TJSC, Apelação Cível n. 2007.019419-5, de Caçador, Relator o Signatário). (Apelação Cível nº 2011.023131-7, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. em 22/08/2013).*

Igualmente:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. RECURSO DO RÉU. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PELA NÃO ENTREGA DAS MERCADORIAS ADQUIRIDAS PELA DEMANDANTE. DESCABIMENTO. PEDIDO E PAGAMENTO REALIZADOS PERANTE FUNCIONÁRIO DA EMPRESA REPRESENTANTE. CREDOR PUTATIVO. INTELIGÊNCIA AO DISPOSTO NO ART. 309, DO CÓDIGO CIVIL. TEORIA DA APARÊNCIA. PEDIDOS E FORMAS DE PAGAMENTO, ADEMAIS, REALIZADOS EM BLOCO DE NOTAS COM O LOGOTIPO DO DEMANDADO. IRRELEVÂNCIA QUANTO À SUPOSTA PRÁTICA DE ILÍCITO COMETIDO POR EMPREGADO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PERANTE TERCEIROS PELOS DANOS CAUSADOS POR SEUS PREPOSTOS. EXEGESE DO ART. 932, III, DO CC. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível nº 2008.072702-1, de Brusque, rel. Des. Gerson Cherem II, j. 24/10/2013 - grifei).

Portanto, tendo a apelante pago o preço ajustado (fl. 13), não pode a ré apelada se furtar ao cumprimento da obrigação assumida por seu preposto, consubstanciada na entrega de 5.000 kg (cinco mil quilogramas) de fio HB 2/28, 100% (cem por cento) acrílico, sendo aplicável ao caso, por analogia, o art. 679 do Código Civil, que dispõe:

Ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não exceder os limites do mandato, ficará o mandante obrigado para com aqueles com quem o seu procurador contratou; mas terá contra este ação pelas perdas e danos resultantes da inobservância das instruções.

Com efeito, em seu art. 475, o mesmo código estabelece que *"a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos indenização por perdas e danos"*.

E para corroborar tal entendimento, destaco o análogo julgamento da Apelação Cível nº 2008.053316-3, de relatoria do Desembargador Fernando Carioni, onde também restou reconhecido que a Jaison Fios Ltda. atuava como representante da Santo Amaro S/A-Indústria e Comércio, bem como a validade do respectivo pagamento a ela efetuado, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL - COMPRA DE PRODUTOS PARA CONFECÇÃO - DEPÓSITO EFETUADO NA CONTA DO REPRESENTANTE COMERCIAL - ANUÊNCIA DO PREPOSTO DA EMPRESA - MERCADORIAS NÃO ENTREGUES - DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO CONFIGURADO - RESCISÃO E DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. O descumprimento por uma das partes da obrigação convencionada no contrato de compra e venda viabiliza a rescisão do pactuado, bem como a devolução dos valores pagos. (j. 09/12/2008).

E do sobredito acórdão extraio o seguinte excerto:

[...] Trata-se de apelação cível interposta com o desiderato de ver reformada decisão de primeiro grau que julgou procedentes os pedidos, para declarar a resolução do contrato de compra e venda, e condenou a ré a pagar o valor de R\$ 126.774,00 (cento e vinte e seis mil, setecentos e setenta e quatro reais), deduzidos R\$ 6.486,65 (seis mil, quatrocentos e oitenta e seis reais e sessenta e cinco centavos).

Aduz não ter participado do negócio realizado entre a empresa Jaison Fios Ltda., e a apelada.

Salienta que a relação existente com a empresa Jaison Fios Ltda. não é de subordinação, sendo que esta somente comprava suas mercadorias, e, ainda, que este está sendo indiciado por estelionato por ter aplicado golpes em vários empresários.

Alude que, antes de a apelada ter efetuado o depósito do valor das mercadorias, deveria ter aguardado a confirmação da conta corrente para depósito para resguardar seus direitos.

Menciona que os descontos concedidos têm origem na própria relação comercial, pois havia perdido a apelada como cliente e, para recuperar a relação, ofereceu os descontos, e, portanto, não serviu como abatimento dos pedidos subsequentes.

Compulsando os autos, observa-se que a apelada é do ramo de confecções de artigos de vestuário e que utiliza para fabricação de suas peças o fio 2/28 tinto 100% acrílico, material fornecido pela apelante.

Observa-se, também, que a autora solicitou grande quantidade do material à apelante, totalizando um valor de R\$ 126.774,00 (cento e vinte e seis mil, setecentos e setenta e quatro reais), valor que foi dividido em 3 (três) parcelas.

A apelada aduz que os dados bancários para realização do depósito foram repassados por Laércio, preposto da apelada, sendo informado que os valores deveriam ser depositados na conta de seu representante comercial Jailson Fios Ltda., por ser seu representante na região.

Estranhando que o depósito seria realizado em nome de pessoa diversa, e não da empresa propriamente dita, a apelada contactou com a apelante, e esta garantiu que não haveria problemas, pois Jailson Fios Ltda. era seu representante, podendo a quantia ser depositada em sua conta.

Extrai-se do depoimento de Miguel Vicente Ritter, prestado em juízo:

*"Que trabalha no Banco Bradesco onde o cliente Leopoldo costuma tratar. Que em um dado dia Leopoldo se dirigiu à agência bancária para efetuar o pagamento de uma conta. No momento do depósito o depoente constatou que a quantia seria destinada a uma pessoa física, e não a pessoa jurídica com quem supostamente estava sendo firmada a compra. Alertou o cliente a respeito e este se serviu de um telefone do banco e entrou em contato com a mencionada empresa. Ao que sabe, pelo que lhe foi dito pelo Sr. Leopoldo, a empresa teria dito que não haveria problemas em se efetuar o depósito em nome da pessoa física. Que se recorda que Leopoldo comentou que poderiam ficar tranqüilos pois o depósito estava sendo dirigido a um empregado da empresa (fl. 335)" (grifo nosso).*

Por seu turno, declarou Leopoldo Roedel Neto:

*"[...] que não comprava fios diretamente da empresa, pois esta recomendava que as tratativas fossem entabuladas com o representante comercial Jaison; que não*

se recorda de ter efetivamente comprado algo diretamente da empresa" (fl. 333-334).

Na esfera policial, Moacir José Nardelli afirmou:

"[...] que comprava fios de Jaison Marcos Formento há mais de um ano, sendo que Jaison era representante da empresa "Santo Amaro"; que fez diversos depósitos em conta corrente do Banco do Brasil, fornecida por Jaison, para as compras que efetuou; que entrou em contato com Laércio, funcionário da empresa "Santo Amaro", em São Paulo, e perguntou se o pedido iria ser atendido sendo que Laércio confirmou não haver problemas quanto ao pedido; [...] que até o presente momento não recebeu as mercadorias encomendadas [...] (fl. 180)". (grifo nosso)

Também perante a autoridade policial, Marcia Terezinha Bonezzi, proprietária da apelada, narrou:

"[...] que há vários anos adquiria fios para sua empresa do representante comercial Jaison Marcos Formento [...]; que no mês de setembro do corrente ano, Jaison procurou a declarante e fez a oferta de promoção de fios; que a cada final de inverno surgem promoções em razão da época; [...] que como nunca teve problemas com as compras realizadas com Jaison decidiu fazer a compra; que Jaison forneceu as conta-correntes nas quais deveriam ser efetuados os pagamentos; que, ainda assim, para garantir, seu esposo, Leopoldo, entrou em contato com a "Santo Amaro Fios", em São Paulo, fábrica que fornecia os produtos para Jaison, e o vendedor "Laércio" endossou o pedido de Jaison, afirmando que Jaison iria entregá-los; que conhecia bastante tempo Laércio, tendo mantido diversos contatos telefônicos já há cerca de dois anos [...]" (fl. 176).

Portanto, forçoso concluir que Jailson Fios Ltda., trabalhava como representante comercial da apelante, pois a apelada, pelo visto, só mantinha contato telefônico com a apelante e as compras eram feitas através de Jailson.

Para corroborar com a afirmação, observa-se do documento juntado à fl. 20, Nota Fiscal de Fatura, que a apelante, ao emití-la em favor da apelada, denominou Jailson Fios Ltda. como seu representante comercial.

Cumprir mencionar que a apelante não carrou aos autos prova da distribuição da carta precatória para oitiva de suas testemunhas, entendendo-se que desistiu de produzir a prova testemunhal requerida. Não havendo interesse na produção de prova testemunhal por parte da apelante, considera-se os depoimentos trazidos pelas testemunhas da apelada de grande valia para o deslinde da *quaestio*.

Ademais, percebe-se que o Senhor Laércio era funcionário da apelante, fato por ela confessado na contestação (fl. 77), e este confirmou que o depósito dos valores da mercadoria poderiam ter sido realizados na conta de Jailson Fios Ltda.

Por outro lado, mesmo que o Senhor Laércio não seja o funcionário responsável para prestar esse tipo de informação, esse fato é irrelevante, pois a apelada não tem a obrigação de saber as funções que os funcionários da apelante exercem na empresa.

Outrossim, a responsabilidade da empresa apelante permanece, uma vez que tem o dever de vigilância em relação aos seus funcionários e prepostos, razão pela qual deve ser imputada a responsabilização pelo não cumprimento do contrato.

Ensina Sílvio de Salvo Venosa, que a *"culpa in vigilando é a que se traduz na ausência de fiscalização do patrão ou comitente com relação a empregados ou terceiros sob seu comando"* (In Direito Civil: responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 26).

Nesse sentido:

*"Da culpa in eligendo e in vigilando, prevista nos artigos 1.521, III e 1.522 do Código Civil de 1916, surge a responsabilidade solidária do patrão em ressarcir aquele que venha a sofrer por atos cometidos por preposto seu" (Ap. Cív. n. 2004.030218-8, de São José, rel. Juiz Sergio Izidoro Heil, j. em 4-3-2005).*

*"É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto" (Súmula n. 341 do STF) (Ap. Cív. n. 2004.008247-9, de Sombrio, rel. Des. José Volpato de Souza, j. em 3-9-2004).*

*"A culpa in eligendo caracteriza-se pela 'falta de cautela na escolha de preposto ou pessoa a quem se confia a execução de serviço' e a in vigilando pela 'falta de cuidado, diligência, vigilância, atenção, fiscalização ou atos necessários de segurança de agente, no cumprimento de seu dever'" (Ap. Cív. n. 2001.004444-7, de Capinzal. Rel.: Des. Anselmo Cerello) (Ap. Cív. 2002.004270-6, de Blumenau, rel. Des. José Volpato de Souza, j. em 22-9-2003).*

Ressalta-se que o fato de Jailson estar sendo indiciado pelo crime de estelionato não exclui a responsabilidade da apelante em entregar as mercadorias contratadas, uma vez que sendo seu representante comercial, a empresa responde por seus atos, assim como de seu preposto, conforme explicitado.

Portanto, não merece reforma a decisão de primeiro grau devendo a apelante responder pelas conseqüências advindas do inadimplemento contratual. (grifos do original).

Dessarte, pronuncio-me pelo conhecimento e provimento da insurgência, reformando a sentença para, julgando procedente o pedido, condenar a Santo Amaro S/A-Indústria e Comércio a entregar à Olimic Malhas Ltda. os 5.000 kg (cinco mil quilogramas) de fio HB 2/28, 100% (cem por cento) acrílico, invertendo os ônus sucumbenciais, impondo à apelada a integral satisfação das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais).

É como penso. É como voto.