

RECURSO ESPECIAL Nº 1.162.985 - RS (2009/0204615-4)

RECORRENTE : ILHÉUS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA
ADVOGADOS : FERNANDO ANTÔNIO ZANELLA E OUTRO(S)
PAULO SIDNEI DE CASTILHOS E OUTRO(S)
RECORRENTE : SHERWIN WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E
COMÉRCIO LTDA
ADVOGADOS : DOUGLAS NADALINI DA SILVA E OUTRO(S)
DIOVANA AMORIM LORENZATTO E OUTRO(S)
RECORRIDO : OS MESMOS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Trata-se de recurso especial interposto por ILHÉUS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA., com base no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal; e por SHERWIN WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., com base no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS).

Ação: de consignação em pagamento ajuizada por SHERWIN WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. contra ILHÉUS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA., tendo em vista a recusa da ré em receber os valores relativos ao contrato de representação comercial celebrado entre as partes. Em apenso, tramitaram duas ações de cobrança, ajuizadas por ILHÉUS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. em face de SHERWIN WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. alegando, em síntese, que (i) embora as partes tenham acordado o pagamento do percentual de 4% sobre o valor das vendas, a ré somente pagou a título de comissão o percentual de 2,5%, (ii) o percentual de 4% deve incidir sobre o valor total das mercadorias, incluídos os valores relativos aos tributos (ICMS e IPI).

Sentença: julgou (i) improcedente o pedido de consignação em

pagamento, pois insuficiente o valor do depósito efetuado por SHERWIN WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.; (ii) improcedente o pedido feito por ILHÉUS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA., na ação de cobrança referente ao percentual da diferença entre a comissão de 4% e 2,5%, pois teria havido anuência tácita da representante quanto ao novo valor da comissão; e (iii) procedente o pedido feito por ILHÉUS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA., na ação de cobrança referente à base de cálculo da comissão, declarando a nulidade do parágrafo 1º da cláusula 7ª do contrato, para condenar a SHERWIN WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. ao pagamento das diferenças de valores relativos às comissões de todo o período de contratualidade havido entre as partes, com inclusão na base de cálculo do valor dos tributos de ICMS e IPI sobre as verbas indenizatórias de 1/12 do total da retribuição auferida durante o tempo em que exercia a representação, bem como à diferença de valores no que pertine à indenização de 1/3 das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores à denúncia do contrato (e-STJ fl. 743/753).

Acórdão: deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto por SHERWIN WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., apenas para majorar o valor da verba honorária devida na ação de cobrança; e negou provimento ao recurso de apelação interposto por ILHÉUS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA., nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 872/889):

APELAÇÃO CÍVEL.
REPRESENTAÇÃO COMERCIAL.
AÇÕES ORDINÁRIAS DE COBRANÇA.
AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO.
DENÚNCIA DO CONTRATO FEITO PELA REPRESENTADA.
BASE DE CÁLCULO DA COMISSÃO.

Considerando que restou incontroverso que, desde o início da contratação, a representante anuiu, de forma tácita, com a redução do

percentual pactuado a título de comissão, impõe-se a improcedência da demanda através da qual pretende a condenação da representada ao pagamento da diferença entre o percentual constante no contrato e o efetivamente pago.

Na esteira dos precedentes desta Corte, para apurar a comissão do representante comercial deve corresponder ao valor efetivo da venda das mercadorias. Artigo 32, §4º, da lei nº 4886/65.

À representada que rescindiu o contrato modo injustificado e depositou em juízo os valores que julgou devidos, a título de verbas indenizatórias, todas calculadas com base nas cláusulas avençadas no contrato não haverá de ser cometida a integralidade das verbas de sucumbência.

Redimensionamento.

PRIMEIRO APELO DESPROVIDO.

SEGUNDO APELO PROVIDO EM PARTE.

Recurso Especial de ILHÉUS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.: interposto com base na alínea “a” do permissivo constitucional (e-STJ fls. 894/903), aponta ofensa ao art. 32, §7º, da Lei 4.886/65, pois referido dispositivo “veda – de forma objetiva, pura e simples -, alterações no contrato de representação comercial que impliquem redução da remuneração do representante, independentemente da concordância deste” (e-STJ fl. 897).

Recurso Especial de SHERWIN WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.: interposto com base nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional (e-STJ fls. 909/928), aponta ofensa aos seguintes dispositivos de lei:

(i) arts. 320, parágrafo único; 422 e 113 do Código Civil; arts. 27, “j”; 34 e 35 da Lei 4.886/65, pois a recorrida pretendeu o recebimento de comissões incidentes sobre o valor de tributos, olvidando-se do que havia sido estabelecido no contrato celebrado entre as partes;

(ii) art. 32, §4º, da Lei 4.886/65, tendo em vista que, como valor total das mercadorias, deve-se entender o preço final, desconsiderado o valor do IPI e do ICMS, cuja receita é destinada aos cofres públicos e não ao representado;

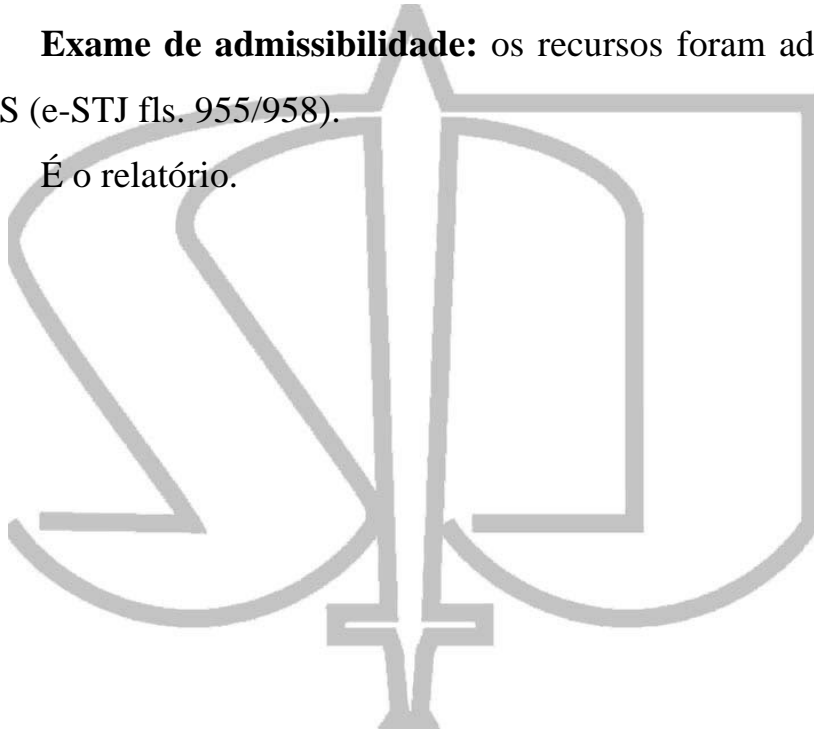
(iii) arts. 2º, 128 e 460 do CPC, com fundamento na impossibilidade do juiz apreciar questões não suscitadas pelas partes, como é o caso da base de

cálculo das comissões, que não foi objeto da ação consignatória.

O dissídio jurisprudencial, por sua vez, estaria configurado entre o acórdão recorrido os acórdãos proferidos pelo extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, na apelação n.º 959.455-4 e na apelação n.º 1.300.657-9, os quais teriam reconhecido que a comissão do representante comercial deve incidir sobre o valor líquido da venda das mercadorias, excluindo-se o valor dos tributos.

Exame de admissibilidade: os recursos foram admitidos na origem pelo TJ/RS (e-STJ fls. 955/958).

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.162.985 - RS (2009/0204615-4)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : **ILHÉUS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA**
ADVOGADOS : **FERNANDO ANTÔNIO ZANELLA E OUTRO(S)**
PAULO SIDNEI DE CASTILHOS E OUTRO(S)
RECORRENTE : **SHERWIN WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E**
COMÉRCIO LTDA
ADVOGADOS : **DOUGLAS NADALINI DA SILVA E OUTRO(S)**
DIOVANA AMORIM LORENZATTO E OUTRO(S)
RECORRIDO : **OS MESMOS**

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cinge-se a controvérsia a analisar (i) a possibilidade de alteração em contrato de representação comercial, que implique redução da remuneração do representante, quando há sua anuência tácita e (ii) se o valor dos tributos incidentes sobre as mercadorias integra a base de cálculo da comissão do representante comercial.

I – Do Recurso Especial de ILHÉUS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.

I.1. Da validade da alteração do percentual da remuneração do representante comercial (violação do art. 32, §7º, da Lei 4.886/65).

Conforme consta do acórdão recorrido, em 06/02/2004, as partes celebraram contrato de representação comercial, tendo sido prevista a remuneração da representante ILHÉUS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. correspondente a 4% sobre o valor das vendas. Contudo, desde o primeiro mês de vigência do referido contrato (março de 2004) até sua denúncia, em abril de 2006, a representada SHERWIN WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. efetuou o pagamento da comissão no percentual de 2,5% das

vendas.

Tanto a sentença de primeiro grau, como o acórdão recorrido, entenderam válida essa redução do percentual da comissão da representada porque, embora constasse expressamente no contrato que o valor da comissão seria de 4%, desde o início do contrato, e durante todo o período da sua vigência – 2 anos –, a recorrente recebeu somente 2,5% sobre o valor das vendas e, de acordo com a prova testemunhal, “houve concordância tácita da representante, já que tal situação também lhe interessava” (e-STJ fl. 882).

Com efeito, o Tribunal de origem, ao analisar soberanamente a prova constante dos autos, concluiu que:

a autora anuiu de forma tácita com a redução percentual das suas comissões, uma vez que ficou silente por grande período da contratualidade em relação ao percentual que percebia a título de comissões. E assim agindo, levou a ré a acreditar que teria concordado com a redução no percentual, razão pela qual esta manteve o contrato inicial. Aqui, incide o princípio da confiança, ou seja, a ré confiou que aquela alteração proposta fora efetivamente aceita pela autora.

(...)

Corroborar com tal assertiva o testilho das testemunhas Camila Marques Conceição Hernandez e Edson Aparecido de Assis Bueno (fls. 623/624 e 625/626), que afirmam que a autora somente teria questionado a repactuação da comissão quando houve a denúncia do contrato (e-STJ fl. 882/883)

A recorrente, por sua vez, argumenta que a redução do valor da comissão perpetrada pela recorrida é ilegal nos termos do art. 32, §7º, da Lei 4.886/65, que dispõe serem vedadas, na representação comercial, alterações que impliquem, direta ou indiretamente, a diminuição da média dos resultados auferidos pelo representante nos últimos seis meses de vigência.

De fato, essa e outras previsões legais, introduzidas pela Lei 8.420/92, que alterou a Lei 4.886/65, tiveram um caráter social e protetivo em relação ao representante comercial autônomo que, em grande parte das vezes, ficava à mercê do representado, que alterava livre e unilateralmente o contrato de

acordo com os seus interesses e, normalmente, em prejuízo do representante, que é a parte mais fraca da relação, pois economicamente dependente daquele.

Assim, são proibidas as alterações contratuais que impliquem, por exemplo, a redução da taxa de comissão, a alteração da sua base de cálculo, da forma de pagamento, o aumento das condições de exigibilidade da comissão, etc.

Nas palavras de Rubens Edmundo Requião, “a restrição foi introduzida para compensar o desequilíbrio entre o representado e o representante, este reconhecidamente mais fraco do ponto de vista jurídico e econômico, sem possibilidade de reagir à pressão do primeiro, exercida vitoriosamente na totalidade dos casos” (*Nova Regulamentação da Representação Comercial Autônoma*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007).

Note-se, nesse sentido, que nem mesmo as alterações consensuais e bilaterais são admitidas quando resultam em prejuízos diretos ou indiretos para o representante.

Nesse sentido, também Carlos Alberto Hauer de Oliveira: “o fato é que a Lei 4.886 estabelece uma série de regras impositivas que, por isso mesmo, não podem ser afastadas pela vontade das partes” (*Agência e Representação Comercial: A necessidade de harmonização da disciplina jurídica*, in *Revista de Direito Mercantil*, n.º 143, Ano XLV, jul-set/2006, pp. 106-120).

Todavia, na hipótese, conforme restou incontroverso, a comissão de 4% sobre o valor das vendas, embora constasse expressamente no contrato celebrado entre as partes, nunca foi paga, pois desde o início da sua vigência, a representada efetuou o pagamento do percentual de 2,5% sobre as vendas, situação que perdurou por todo o tempo de vigência do contrato – 2 anos - não tendo sido oferecida comprovada resistência ou impugnação por parte da representante.

Isso porque, de acordo o Tribunal de origem, a partir da análise da prova produzida nos autos, a manutenção do contrato, mesmo nesses termos

remuneratórios inferiores, interessava e era lucrativa à representante, que só veio a reclamar o pagamento dos 4% após a denúncia efetuada pela representada, ou seja, após o término do contrato.

Verifica-se, portanto, diante das peculiaridades da hipótese, que não houve uma redução da comissão da representante, *em relação à média dos resultados auferidos nos últimos seis meses de vigência do contrato*, o que, de fato, seria proibido nos termos do art. 32, §7º, da Lei 4.886/65. Desde o início da relação contratual, a comissão foi paga no patamar de 2,5%, o que leva à conclusão de que a cláusula que previu o pagamento da comissão de 4%, na realidade, nunca chegou a vigor.

Essa situação gerou a legítima expectativa na representada de que os pagamentos feitos estavam de acordo com o avençado entre as partes, não se mostrando necessária a alteração da cláusula que previa o pagamento de percentual maior.

Reitere-se que não houve qualquer redução da remuneração da representante, que lhe pudesse gerar prejuízos, contrariando o caráter eminentemente protetivo e social da lei. Durante todo o tempo que perdurou a relação contratual das partes, o valor pago a título de comissão foi o mesmo e, se a representada permaneceu silente por mais de 2 anos, acerca do valor que recebia de comissão pelas vendas efetuadas, é porque, de fato, anuiu tacitamente com essa condição de pagamento, não sendo razoável que, somente após o término do contrato, venha reclamar a diferença.

Com efeito, a boa-fé objetiva, princípio geral de direito recepcionado pelos arts. 113 e 422 do CC/02 como instrumento de interpretação do negócio jurídico e norma de conduta a ser observada pelas partes contratantes, exige de todos um comportamento condizente com um padrão ético de confiança e lealdade.

A boa-fé objetiva induz deveres assessórios de conduta, impondo às

partes comportamentos obrigatórios implicitamente contidos em todos os contratos, a serem observados para que se concretizem as justas expectativas oriundas da própria celebração e execução da avença, mantendo-se o equilíbrio da relação.

Essas regras de conduta não se orientam exclusivamente ao cumprimento da obrigação, permeando toda a relação contratual, de modo a viabilizar a satisfação dos interesses globais envolvidos no negócio, sempre tendo em vista a plena realização da sua finalidade social.

Dessarte, o princípio da boa-fé objetiva exercer três funções: (i) instrumento hermenêutico; (ii) fonte de direitos e deveres jurídicos; e (iii) limite ao exercício de direitos subjetivos. A esta última função aplica-se a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios, como meio de rever a amplitude e o alcance dos deveres contratuais, daí derivando os seguintes institutos: *tu quoque* , *venire contra factum proprium* , *surrectio* e *supressio* .

Para o deslinde da presente controvérsia interessa apenas a *supressio* , que indica a possibilidade de se considerar suprimida determinada obrigação contratual na hipótese em que o não exercício do direito correspondente, pelo credor, gerar ao devedor a legítima expectativa de que esse não exercício se prorrogará no tempo.

Em outras palavras, haverá redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a sensação válida e plausível – a ser apurada casuisticamente – de ter havido a renúncia àquela prerrogativa.

Na hipótese específica dos autos, a recorrente desde o início da relação contratual – é importante que se frise essa particularidade, haja vista o disposto no art. 32, §7º, da Lei 4.886/65, que veda a alteração contratual prejudicial ao representante comercial – abriu mão do recebimento da comissão

no percentual de 4% sobre o valor das vendas, despertando na recorrida, ao longo de toda a relação negocial, a justa expectativa de que o valor acordado era de fato os 2,5% que sempre foram pagos; e de que a diferença não seria exigida posteriormente.

Diante desse panorama, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão da recorrente, de exigir retroativamente valores a título da diferença, que sempre foram dispensados, frustrando uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual pela recorrida.

Ausente, por conseguinte, a alegada violação do art. 32, §7º, da Lei 4.886/65.

II – Do Recurso Especial de SHERWIN WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

II.1. - Da fundamentação deficiente (violação dos arts. 27, “j”; 34 e 35 da Lei 4.886/65 e arts. 320, parágrafo único; 422 e 113 do Código Civil)

Os argumentos invocados pela recorrente não demonstram como o acórdão recorrido violou os arts. 27, “j”; 34 e 35 da Lei 4.886/65.

Com efeito, apesar de mencionar que o Tribunal de origem prolatou acórdão em flagrante afronta aos mencionados dispositivos legais, a recorrente limita-se à explanação no contexto fático do processo e não traz argumentos que demonstrem qualquer contrariedade à lei.

Da mesma forma, também não há fundamentação relativa à alegada violação, pelo acórdão recorrido, dos arts. 320, parágrafo único; 422 e 113 do Código Civil, que tratam, respectivamente da quitação e da boa-fé contratual.

A recorrente apenas os menciona brevemente em um parágrafo do recurso (e-STJ fl. 914/915), ao pleitear a reforma do acórdão recorrido, sem explicar como teriam sido contrariados pelo Tribunal de origem.

II.2.- Da ausência de prequestionamento (violação dos arts. 2º, 128 e 460 do CPC).

A respeito dos arts. 2º, 128 e 460 do CPC, tidos por violados, não houve emissão de juízo, pelo acórdão recorrido, ressentindo-se, portanto, o recurso especial do necessário prequestionamento.

Com efeito, não se discutiu a eventual violação do princípio da demanda ou da correlação entre o pedido e a sentença, na ação de consignação. Incidem à espécie, portanto, as Súmulas 211/STJ e 282/STF.

Os demais dispositivos legais apontados pela recorrente como violados foram prequestionados pelo acórdão recorrido, ainda que de maneira implícita, autorizando o exame do especial.

II.3. – Da base de cálculo da remuneração do representante comercial (violação do art. 32, §4º, da Lei 4886/65 e dissídio jurisprudencial).

Aduz a recorrente que o *valor total das mercadorias*, a que faz referência do art. 32, §4º da Lei 4.886/65, como sendo a base de cálculo para a comissão do representante comercial, deve ser entendido como “aquele líquido, descontados os tributos como IPI e o ICMS, que são destacados na nota fiscal” (e-STJ fl. 915).

Isso porque o valor dos tributos não se reverte em lucro para o representado e, por conseguinte, não pode se transformar em lucro para o representante, sob pena de enriquecimento sem causa deste último.

Colaciona, nesse sentido, julgados do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que entenderam ser devida a exclusão do valor dos tributos pagos pelo representado da base de cálculo da comissão do representante, com a justificativa de que é sobre o benefício esperado, sobre o valor líquido da venda, que deve incidir a comissão, e não sobre as despesas decorrentes da

Superior Tribunal de Justiça

tributação, que são encargos, e não revertem em favor do representado.

Todavia, conforme apontou o Min. Raul Araújo, no Recurso Especial n.º 756.115/MG, “O preço total da mercadoria no Brasil traz embutido tanto o IPI, cobrado da indústria, quanto o ICMS, compondo o próprio preço do produto, o que certamente favorece muita sonegação, mas infelizmente é assim. Não é, como no caso de outros países, onde se compra a mercadoria e o imposto é exigido depois, destacado fora do preço. No Brasil, o preço total da mercadoria inclui todos os chamados tributos indiretos incidentes até a fase de cada operação” (4ª Turma, Rel. para acórdão Min. Raul Araújo, DJe de 13.12.2011).

Ademais, depreende-se da leitura do referido art. 32, §4º, que a lei não faz distinção, para os fins de cálculo da comissão do representante, entre o preço líquido da mercadoria - excluídos os tributos -, e aquele pelo qual a mercadoria é efetivamente vendida e que consta na nota fiscal, razão pela qual, entendendo que a interpretação que deve ser dada ao dispositivo legal é a de que a comissão do representante comercial deve incidir sobre o preço final, pelo qual a mercadoria é vendida, não cabendo se fazer, como consigna o Min. Aldir Passarinho Junior, “uma distinção de ordem tributária para efeito de chegar a um preço total dentro de um conceito tributário, quando se cuida de venda a consumidor” (REsp 756.115/MG).

Nesse mesmo sentido, Rubens Edmundo Requião esclarece que, com esse dispositivo legal, veda-se a prática antiga de se descontar uma série variada de custos do valor da fatura, tais como despesas financeiras, impostos, despesas de embalagens, etc. Com efeito, o preço constante na nota fiscal é o que melhor reflete o resultado obtido pelas partes (representante e representado), sendo justo que sobre ele se apoie o cálculo da comissão (*Op. Cit.*, p. 116).

Assim também a opinião de Carlos Alberto Hauer de Oliveira, ao consignar que “a base de cálculo das comissões deve necessariamente ser o valor total das mercadorias (art. 32, §4º), o que restringe a possibilidade de as partes

preverem a melhor sistemática para a justa remuneração, impedindo, p.ex., que se deduzam da base de cálculo despesas determinadas, tais como alguns tributos, frete, embalagem, mesmo que haja suficiente justificativa econômica para tal” (*Op. Cit.*, p. 108).

Confira-se, nesse mesmo sentido, o Resp 998.591/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe de 27.06.2012.

Diante do exposto, conclui-se que não houve violação do art. 32, §4º, da Lei n.º 4886/65 pelo acórdão recorrido.

Forte nessas razões, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso especial interposto por **ILHÉUS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA**.

Forte nessas razões, **CONHEÇO EM PARTE** e, nesta parte, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso especial interposto por **SHERWIN WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**.