

A PREVISÃO DO ART. 42 DO CDC DE RESTITUIÇÃO EM DOBRO DA QUANTIA INDEVIDAMENTE COBRADA AO CONSUMIDOR A TÍTULO DE CORRETAGEM IMOBILIÁRIA E A PROVA DA MÁ-FÉ: COMPREENDENDO A *RATIO LEGIS*

Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar*

RESUMO: O artigo sugere um tema que tem sido muito debatido na Justiça sergipana em função de uma nova formatação de contrato de compra e venda de imóveis que vincula a aquisição do bem ao pagamento de taxa de corretagem pelo consumidor, o qual tem sido impossibilitado do direito à restituição dobrada na forma do art. 42 do CDC, dado a um entendimento de ser necessária a prova da má-fé.

PALAVRAS-CHAVE: Comissão de Corretagem. Contrato de Promessa de Compra e Venda. Restituição em Dobro. Código de Defesa do Consumidor. Má-Fé.

1. A COBRANÇA DE COMISSÃO DE CORRETAGEM NAS VENDAS DE BEM IMÓVEL SEM O CONSENTIMENTO DO CONSUMIDOR

Tem sido comum ações judiciais visando à restituição de parcelas pagas a título de comissão de corretagem por consumidores que se sentem indignados de terem sido cobrados por parcelas de um serviço que não fora conscientemente contratado, embora tenha sido pago, dando a falsa ideia de vontade em usufruir dessa intermediação na aquisição de um imóvel.

O cenário é esse: o cidadão dirige-se a um salão imobiliário, normalmente, essas grandes feiras de venda de imóveis, ou até mesmo, dirige-se a uma construtora e lá é atendido por um vendedor, muitas vezes visivelmente identificado com camisas, ou panfletos do empreendimento

* Advogada. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Processo Civil pela Jus *Podivm*. Coordenadora da Escola Superior da Advocacia em Sergipe (ESA). Conselheira da Ordem dos Advogados de Sergipe. Professora Universitária dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Estácio-FASE.

a ser adquirido, e numa breve conversa sobre a unidade que se deseja comprar, logo lhe é imputado, como condição de contratação, o pagamento da taxa de corretagem, correspondente a 5% (cinco por cento) do valor do bem, às vezes inserida no próprio preço do imóvel, às vezes não, sugerindo que este cidadão contratou os serviços da imobiliária para a venda do bem.

Nesse contrato ou proposta de contrato de promessa de compra e venda, informa-se que o cliente, promitente comprador, anui aos serviços de intermediação imobiliária, e desde já tem seu recibo no valor ali pré-fixado. Tais valores não raramente são depositados na conta da própria corretora de imóveis e os recibos por ela emitidos, deixando claro que se trata de um negócio jurídico à parte.

No afã de adquirir o empreendimento, muitas vezes com algum preço promocional, o consumidor adere à contratação-tipo em comento e paga, em separado, as parcelas da corretagem, bastante significativas, sem atentar que esse serviço é uma contratação diferente da aquisição do bem imóvel, não inserida no contrato da compra e venda e dela não dependente.

Pergunta-se: será que realmente o consumidor tem consciência da aquisição que está fazendo? Há realmente uma liberdade na contratação desse serviço de corretagem? Essa intermediação efetivamente lhe beneficia? Os valores ou percentuais foram livremente negociados entre as partes?

As respostas nos levam a crer que esse cenário bastante comum traduz uma situação bastante lesiva ao consumidor que, focando apenas no bem a adquirir, olvida-se que serviços de intermediação de vendas serão por ele pagos sem que tivesse havido uma contratação lúcida nesse sentido.

Se o consumidor não está livremente consentindo no serviço de intermediação, até por que muitas vezes sequer compreende que ali está um corretor e não um vendedor da construtora, certamente não se pode conceber que ali tenha havido um ajuste formal em direção a um benefício de intermediação imobiliária.

Trata-se de mais um contrato de adesão em que o consumidor, como etapa para aquisição de um bem, tem que anuir ao pagamento de uma corretagem que, por todos os lados que se analise, beneficia diretamente ao vendedor, porquanto fora por ele disponibilizado e para ela atua na venda de imóveis.

A rigor, esse tipo de situação revela uma venda casada, disposta no art. 39, I do CDC, haja vista que se não pagar pela taxa de corretagem, cujo valor sequer foi por ele negociado, torna-se improvável que possa adquirir o imóvel desejado, extraindo-lhe as possibilidades de compra e o aproveitamento de vantagens e oportunidades de negócio, atentando, assim contra direitos básicos do consumidor de transparência, informação, boa-fé e lealdade nos ajustes contratuais. Dispensa afirmar que é nula a prática de venda casada, porquanto calcado em má-fé em situações que lesionam o consumidor por ausência de informação clara e suficiente sobre o negócio jurídico a ser firmado. Em se tratando de aquisição de casa própria, com mais força desnuda-se essa ilegalidade por envolver um bem essencial e que traduz o exercício do direito fundamental à moradia (art. 5º e 6º da Constituição Federal de 1988).

Se é a construtora que define os parâmetros da venda e amostra dos imóveis, ajustando previamente com a imobiliária os percentuais devidos mesmo antes de qualquer contato com as partes, determinando que haja prioridade sobre os empreendimentos da empresa/vendedora, então esta deverá arcar com os custos da corretagem, a qual, no mais das vezes, está simplesmente arcando com parte do seu custo operacional: comercialização e vendas. É a teoria do risco do negócio.

Desta forma, cabe ao consumidor demandar judicialmente a restituição das parcelas pagas a título de corretagem o que tem sido acolhida pela Justiça de um modo geral, com exceção do pedido de devolução em dobro, com lastro no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, em função da necessidade criada de prova da má-fé da vendedora, o que será abordado no tópico seguinte.

2. O DIREITO À RESTITUIÇÃO NA FORMA DOBRADA. ART. 42 DO CDC. PROVA DA MÁ-FÉ PELO CONSUMIDOR. COMPREENDENDO A *RATIO LEGIS*

Ponto bastante controverso quando o assunto é devolução da comissão de corretagem para o consumidor que a pagou indevidamente, ou seja, sem utilizar efetivamente o serviço do corretor, por ocasião da aquisição de unidades imobiliárias através de contratos de promessa de compra e venda é o que se refere a devolução em dobro prevista pelo art. 42, parágrafo único do CDC.

Muito se tem discutido na Justiça sergipana e em outros Tribunais do país sobre a possibilidade de devolução em dobro da comissão. Quando se é deferida a devolução, normalmente é feita de forma simples e não dobrada, o que exige análise mais cautelosa do fundamento jurídico da devolução na forma simples ou da não devolução em dobro, a fim de perscrutar se tal entendimento está em harmonia com Código de Defesa de Consumo.

Reza o art. 42 do CDC que: “O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro ao que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

A lei impõe como requisito para o pedido de repetição de indébito em dobro a cobrança de quantia indevida a resultar em restituição na forma dobrada no que pagou em excesso, sem prejuízo da correção monetária e juros. A exceção à devolução em dobro é o engano justificável, ou seja, aquela situação escusável, porquanto imprevisível e que ocorreria com outros em circunstâncias equivalentes.

O engano escusável é aquele em que se revela uma cobrança indevida, mas que assim fora efetivada por engano, por descuido do credor, o qual, percebendo-a logo procura os meios necessários de não incomodar o devedor e retirar espontaneamente a dívida hipotética.

A despeito da clareza do texto da lei, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou, no que pertine ao tema da comissão de corretagem, que só cabe a devolução em dobro nas repetições de indébitos quando provada a má-fé do fornecedor ou vendedor. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RESTITUIÇÃO EM DOBRO DE QUANTIA PAGA INDEVIDAMENTE. EXIGÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE MÁ-FÉ. MATÉRIA PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A restituição em dobro das quantias pagas indevidamente pelo consumidor exige a caracterização de má-fé do fornecedor de produtos ou serviços.

2. A verificação, no presente caso, da ocorrência de má-fé a justificar a devolução em dobro dos valores pagos a título de comissão de corretagem demanda o revolvimento da matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 269.915/RJ, Rel. Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 17/05/2013)

Essa decisão da Quarta Turma do STJ já é precedente antigo do Tribunal¹, tendo havido uma única decisão encontrada do Rel. do Min. Francisco Falcão em sentido oposto, tratando de outros casos, considerando a simples culpa como suficiente para fundamentar o pedido de restituição na forma dobrada:

FORNECIMENTO. ÁGUA. REDE. ESGOTO. RESTITUIÇÃO. DOBRO.

O acórdão do TJ determinou a restituição de valores referentes a tratamento de esgoto que era cobrado na mesma razão do volume de água fornecido pela sociedade empresarial concessionária de água, cujo conteúdo, em torno de 20% do volume utilizado, perder-se-ia pelo uso, não podendo ser tarifado. O recorrente sustenta que pagou tarifa em excesso em razão de cobrança indevida, incidindo, portanto, o art. 42 do CDC, que determina a restituição em dobro dos valores devidos. Sustenta, também, que os honorários devem ser calculados com base no valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC), e não pela equidade, nos termos do § 4º do mencionado dispositivo. Assim, a controvérsia cinge-se à configuração do engano justificável, a incidir, ou não, a restituição em dobro. O Tribunal *a quo* afastou a incidência do mencionado art. 42 pela ausência de má-fé da recorrida. **Entretanto, para o Min. Relator, tal entendimento não deve prevalecer, isso porque não é só pela má-fé que se configura hipótese de restituição em dobro. Para a incidência do artigo, basta a culpa. No**

acórdão recorrido, não foi demonstrado o engano justificável. É de rigor a devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente, nos termos do art. 42, parágrafo único, do CDC. Quanto aos honorários, devem ser calculados nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, incidindo sobre o valor da condenação, não sobre o valor da causa. Precedentes citados: REsp 1.025.472-SP, DJ 30/4/2008, e REsp 263.229-SP, DJ 9/4/2001. REsp 1.085.947-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 4/11/2008.

Observe-se que o entendimento que prevalece atualmente no STJ, seja em matéria de corretagem ou em outra qualquer, é deveras prejudicial ao consumidor, pois é ele o responsável pela prova da culpa (má-fé) do fornecedor quanto à cobrança indevida.

Esse entendimento, que tem sido repetido como um verdadeiro mantra jurídico, colide frontalmente com a sistemática de responsabilidade civil proposta pelo Código de Defesa do Consumidor, eis que impõe a prova da má-fé da vendedora ou do fornecedor quando, em verdade, na responsabilização objetiva não cabe qualquer aferição de culpa ou dolo, quanto mais de má-fé do agente causador do dano.

Trata-se de indesejável subversão do sistema objetivo de responsabilidade civil previsto pelo Diploma Consumerista, a merecer reflexão aprofundada sobre os efeitos de tal entendimento já que causa um ônus demasiado para o consumidor, hipossuficiente em relação ao processo organizacional interno da atividade prestada pelo fornecedor.

Na matéria trazida a exame, que são as ações visando a repetição de indébito de comissão de corretagem, é ainda mais gritante a necessidade da dobra legal em função da má-fé na cobrança da taxa do consumidor.

Uma situação muito frequente atualmente são os ditos salões imobiliários organizados para a venda de empreendimentos habitacionais de várias categorias, de diferentes construtoras que atraem o consumidor pela comodidade, segurança e facilidade no encontro da oportunidade que mais lhe tragam vantagem. Ali estão dispostos não só as construtoras, mas também as corretoras ou empresas de corretagem por ela contratados e disponibilizados para conseguir mais clientes e potenciais compradores para o negócio jurídico em destaque.

O consumidor se depara com uma única forma de adquirir empreendimentos: através de uma intermediação que foge à sua escolha quanto ao tipo, forma e valor de serviço, anunciando um claro contrato de adesão ou ainda uma venda casada vez que para adquirir o empreendimento necessariamente deve-se anuir a uma intermediação.

Nesse cenário, é de perguntar: presente a liberdade e autonomia contratuais do consumidor para a intermediação da venda? A condição de intermediação e do pagamento, muitas vezes no ato, do valor da corretagem não traduziria nesse contexto uma venda casada? Uma imposição injusta e inesperada ao consumidor?

O consumidor não procurou a empresa de corretagem para contratar seus serviços, nunca solicitou ou tolerou qualquer intermediação para aquisição do empreendimento desejado, de modo que cabe à vendedora assumir esse custo de *marketing* e corretagem, uma vez que ambos serviram exclusivamente ao seu interesse.

Sob a égide do CDC, cabe ao fornecedor de bens e serviços observar e cumprir o dever de informação, mormente quanto ao conteúdo de cláusulas que limitam a prestação contratada ou gravem o consumidor com ônus superior ao assumido, ou seja, o consumidor deve ser cientificado acerca das circunstâncias que gravitam em torno da obrigação.

São as lições de Ada Pellegrini Grinover², “trata-se do dever de informar bem o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles”.

Não se trata pois de sustentar que o serviço de corretagem é devido ou indevido, ou inexistente; trata-se de ponderar que se existente é contratado pela própria fornecedora do produto, isto é, pela vendedora, extraindo qualquer obrigatoriedade do adquirente na assunção desse ônus³.

Nesses casos, a corretagem em si efetivamente não lhe beneficia diretamente, não lhe foi útil nem fundamental para adquirir a unidade desejada, estando esse serviço claramente à disposição da empresa vendedora (Teoria da Representação) e fazendo parte do seu negócio jurídico de construção, incorporação e vendas de empreendimentos.

Ainda que o serviço tenha sido prestado, a cobrança, portanto, não é devida ao consumidor e claro está que há evidente má-fé na forma como a negociação e a cobrança são feitas, mascarando uma situação de compra de um serviço pelo cliente não consciente e livremente solicitado.

O consumidor não fora informado da parcela de corretagem, sendo sua imposição, embutida ou não no preço do ajuste, um instrumento limitador de sua liberdade e direito à informação clara e suficiente acerca do negócio jurídico de compra e venda e corretagem, que é assessorio àquele.

Tal negócio não se harmoniza com o princípio da transparência. Sobre tal, a doutrina de Sergio Cavalieri Filho⁴ nos traz precisa lição:

Transparência nas relações de consumo importa em informações claras, corretas e precisas sobre o produto a ser fornecido, o serviço a ser prestado, **o contrato a ser firmado – direitos, obrigações, restrições.** Destaca-se.

O dever de informação e de transparência são apanágios da máxima da boa-fé e os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (art. 113, CC).⁵

Inferre-se que estão presentes todos os requisitos previstos no art. 42, § único do CDC, a saber: cobrança de quantia indevida, pagamento da quantia injusta, circunstâncias capazes de ensejar a devolução em dobro, para recomposição patrimonial do consumidor injustamente lesado.

Qualquer interpretação em contrário vai de encontro com os princípios fundamentais do consumidor e restringe a possibilidade de reparação cível, eis que onera o lesado e hipossuficiente com o ônus de provar elemento subjetivo que não fora imposto textualmente pelo legislador.

De outro lado, a única exceção à devolução em dobro seria a ocorrência de engano injustificável, o que normalmente não ocorre, eis que é ônus da vendedora assegurar-se e prevenir-se ao consumidor de enganos.

Sobre a devolução em dobro, merece profunda reflexão o escólio lúcido e prudente de Cláudia Lima Marques⁶:

Nestes primeiros 14 anos de CC, a norma do parágrafo único do art. 42 tem alcançado pouca efetividade, talvez por ter sido pouco compreendida, mesmo sendo a única norma referente à cobrança indevida, em todas as suas formas. Prevista como uma sanção pedagógica e preventiva, a evitar o

fornecedor se “descuidasse” e cobrasse a mais dos consumidores por “engano”, que preferisse a inclusão e aplicação de cláusulas sabidamente abusivas e nulas, cobrando a mais com base nestas cláusulas, ou que o fornecedor usasse de métodos abusivos na cobrança correta do valor, a devolução em dobro acabou sendo vista pela jurisprudência, não como uma punição razoável ao fornecedor negligente ou que abusou de seu “poder” na cobrança, mas como uma fonte de enriquecimento “sem causa” do consumidor. **Quase que somente em caso de má-fé subjetiva do fornecedor, há devolução em dobro, quando o CDC, ao contrário, menciona a expressão “engano justificável” como única exceção. Mister rever esta posição jurisprudencial.** A devolução simples do cobrado indevidamente é para casos de erros escusáveis dos contratos entre iguais, dois civis ou dois empresários, e está prevista no CC/2002. No sistema do CDC, todo o engano da cobrança de consumo é, em princípio injustificável, mesmo o baseado em cláusulas abusivas inseridas no contrato de adesão, *ex vi* o disposto no parágrafo único do art. 42. Cabe ao fornecedor provar que seu engano na cobrança, no caso concreto, foi justificado. Destaca-se.

A devolução em dobro também tem função punitiva e educativa, na medida em que indeniza o lesado com o objetivo de evitar que haja nova cobrança injusta e pagamento de valores indevidos ou seja exposto ao ridículo ou importunado, ao embutir maliciosamente no contrato a taxa de corretagem como uma etapa ou condição para aquisição do empreendimento imobiliário.

Em tempos idos, a jurisprudência da Turma Recursal de Sergipe já foi nesse sentido:

Nº do Processo: 201201008251

Classe: Recurso Inominado

Assuntos: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Corretagem

Data de Distribuição: 08/11/2012

Processo Origem: 201240200113

Procedência: 2º JUIZADO ESPECIAL CÍVEL
CIVIL E CDC – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL
– CORRETAGEM – TRANSFERÊNCIA DO ÔNUS
DO PAGAMENTO DO VENDEADOR PARA O
CONSUMIDOR ATRAVÉS DO CONTRATO DE
ADESÃO – ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA QUE
ONERA EXCESSIVAMENTE O CONSUMIDOR
SEM QUALQUER VANTAGEM CORRELATA
OU POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO A
RESPEITO – VENDA REALIZADA EM ESTANDE
DA PRÓPRIA CONSTRUTORA – APARÊNCIA
PERANTE OS CONSUMIDORES DE CONTRATO
DIRETO COM A CONSTRUTORA – COMISSÃO
DE CORRETAGEM INDEVIDA – **DEVOLUÇÃO
DO VALOR PAGO EM DOBRO** – SENTENÇA
MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS
– RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

CIVIL E CDC – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL
– CORRETAGEM – A VENDA NO LOCAL DO
EMPREENHIMENTO COM IDENTIFICAÇÃO
DA CONSTRUTORA NO RECIBO RELATIVO
À TAXA DE CORRETAGEM – APARÊNCIA
DE COMPRA DIRETAMENTE COM A
CONSTRUTORA – **comissão de corretagem
indevida – devolução em dobro – inexistência
de engano justificável** – sentença mantida pelos
próprios fundamentos – recurso conhecido e
improvido. (Recurso Inominado Nº 201201002482,
Turma Recursal do Estado de Sergipe, Tribunal de
Justiça do Estado de Sergipe, Cléa Monteiro Alves
Schlingmann, RELATOR, Julgado em 17/07/2012)

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR.
COBRANÇA DE VALORES CORRESPONDENTES
A CORRETAGEM. AUTORA QUE NÃO
CONTRATOU CORRETOR. TRANSAÇÃO
REALIZADA COM A CONSTRUTORA ATRAVÉS
DE SUA CENTRAL DE VENDA. COBRANÇA

ABUSIVA. RESTITUIÇÃO EM DOBRO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(Recurso Inominado Nº 201201008878, Turma Recursal do Estado de Sergipe, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Maria de Fátima Ferreira de Barros, JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 31/01/2013)

CIVIL E CDC – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – CORRETAGEM – AUTORA QUE PROCUROU DIRETAMENTE A EMPRESA CONSTRUTORA – INEXISTÊNCIA DE CIÊNCIA POR PARTE DOS COMPRADORES QUE NEGOCIAVAM COM CORRETORA – CLÁUSULA CONTRATUAL QUE ESTABELECE A COMISSÃO ABUSIVA – FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO – APARÊNCIA PERANTE OS CONSUMIDORES DE CONTRATO DIRETO COM A CONSTRUTORA – COMISSÃO DE CORRETAGEM INDEVIDA – **DEVOLUÇÃO EM DOBRO** – INEXISTÊNCIA DE ENGANO JUSTIFICÁVEL – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E PROVIDO, DA RÉ CONHECIDO E IMPROVIDO.

(Recurso Inominado Nº 201201008298, Turma Recursal do Estado de Sergipe, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Brígida Declerc Fink, JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 18/12/2012)

CIVIL E CDC. RECURSO INOMINADO. COBRANÇA DE COMISSÃO DE CORRETAGEM. VENDA NO LOCAL DO EMPREENDIMENTO. APARÊNCIA DE COMPRA DIRETAMENTE COM A CONSTRUTORA. CONTRATO DE ADESÃO ADUZ NA CLÁUSULA 4ª QUE O COMPRADOR É RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DA COMISSÃO DE CORRETAGEM À EMPRESA FGI NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS. CLÁUSULA ABUSIVA. APLICAÇÃO DO ART. 51, IV, DO CDC. **DEVOLUÇÃO EM DOBRO DO**

VALOR INDEVIDAMENTE COBRADO. INEXISTÊNCIA DE ENGANO JUSTIFICÁVEL. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS. SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

(Recurso Inominado Nº 201201009337, Turma Recursal do Estado de Sergipe, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Maria Angélica França e Souza, JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 31/01/2013)

Ressalte-se, todavia, que hodiernamente o pensamento da Turma Recursal sergipana foi modificado desprestigiando a redação clara do art. 42, § único do CDC, assim como direitos do consumidor, ao fundamento de acompanhar a entendimento pacificado do STJ:

CONSUMIDOR. DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO SEGUIMENTO A RECURSO POR ESTAR EM CONFRONTO COM ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DESTA TURMA RECURSAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 557 CAPUT DO CPC E ENUNCIADO 01 DESTE ORGÃO JULGADOR. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. COBRANÇA INDEVIDA DE COMISSÃO DE CORRETAGEM. RESTITUIÇÃO DE FORMA SIMPLES. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO (Recurso Inominado Nº 201301006006, Turma Recursal do Estado de Sergipe, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Maria Angélica França e Souza, RELATOR, Julgado em 20/02/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DAS DEMANDADAS. DECISÃO MONOCRÁTICA. CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. COBRANÇA DE CORRETAGEM. NEGÓCIO JURÍDICO

CELEBRADO EM STAND DE CONSTRUTORA. APARÊNCIA DE COMPRA DIRETA COM A CONSTRUTORA. COMISSÃO DE CORRETAGEM INDEVIDA. RESTITUIÇÃO QUE DEVE SER FEITA DE FORMA SIMPLES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ. NECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Recurso Inominado Nº 201301006437, Turma Recursal do Estado de Sergipe, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Maria de Fátima Ferreira de Barros, RELATOR, Julgado em 13/02/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. CDC. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. COMISSÃO DE corretagem. Abusividade da cláusula que onera excessivamente o consumidor sem qualquer vantagem correlata ou possibilidade de negociação a respeito. Contratação pela própria incorporadora. Comissão indevida. Devolução do valor pago, de forma simples. CESSÃO DE DIREITOS. LEGITIMIDADE DO CEDENTE, QUE EFETUOU O PAGAMENTO. PRECEDENTES DESTA COLEGIADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Recurso Inominado Nº 201301013471, Turma Recursal do Estado de Sergipe, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, José Anselmo de Oliveira , JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 23/01/2014)

O Tribunal de Justiça do nosso Estado também endossa o entendimento do STJ, exigindo a má-fé para a devolução em dobro, também em desarmonia com a principiologia do CDC e da *mens legis*:

APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS.

RECURSO DA CONSTRUTORA DEMANDADA INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE REITERAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO DA AUTORA. CONTRATO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. VALIDADE DE CLÁUSULA DE PRORROGAÇÃO DE PRAZO DE TOLERÂNCIA. CENTO E OITENTA DIAS. PRAZO INICIALMENTE ESTIPULADO. 31/12/2010. PRAZO FINAL E ACEITÁVEL PARA ENTREGA DO IMÓVEL. 29/06/2011. INEXISTE ELEMENTO INDICATIVO DE QUE A UNIDADE HABITACIONAL FORA ENTREGUE À AUTORA NO TRANSCURSO DA DEMANDA ATÉ O PRESENTE MOMENTO. ATRASO NA ENTREGA CONSTATADO POR MAIS DE DOIS ANOS. INADIMPLENTO CONSTRUTUAL AVERIGUADO. LUCROS CESSANTES. NECESSIDADE DE PROVA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ÔNUS DA AUTORA. DANOS MATERIAIS NÃO CABÍVEIS. RESTITUIÇÃO DA COMISSÃO DE CORRETAGEM NA FORMA SIMPLES. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC. DANOS MORAIS. VERBA INDENIZATÓRIA MANTIDA NO VALOR DE R\$ 5.450,00. OBSERVAÇÃO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS. RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

(...) Não cabe a restituição em dobro do valor referente à comissão de corretagem, uma vez que não estão presentes os requisitos do parágrafo único, do artigo 42, do Código de Defesa do Consumidor. Cobrança fundada em cláusulas aparentemente válida e inexistência de má-fé. Cabível a devolução na forma simples, como determinado na sentença monocrática.

Danos morais fixados em valor razoável, diante das circunstâncias fáticas. Necessidade de manutenção.

Recurso da autora conhecido e desprovido.

Decisão unânime.

(Apelação Nº 20121070, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, RUY PINHEIRO DA SILVA , RELATOR, Julgado em 05/11/2013)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DAS TAXAS DE CORRETAGEM- COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - COMISSÃO DE CORRETAGEM - NEGÓCIO REALIZADO EM ESTANDE DE VENDAS DA PRÓPRIA CONSTRUTORA – DEVOLUÇÃO DEVIDA NA FORMA SIMPLES – HONORÁRIOS – REDUZIDO - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE

I-Ficando demonstrado que o negócio se realizou no estande de vendas da própria construtora, ficando aparente de que não havia intervenção de corretores na compra e venda, não é devida a cobrança da comissão de corretagem do consumidor;

II - Destarte, levando-se em conta a complexidade da causa, duração do processo e os demais critérios elencados no art. 20, § 3º do CPC, entendo que deve ser minorado o percentual para 15% na condenação em honorários advocatícios.

(Apelação Nº 201401577, , Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, RICARDO MÚCIO SANTANA DE A. LIMA , RELATOR, Julgado em 24/03/2014)

Exigir do consumidor a comprovação da má-fé da vendedora é restringir o direito à restituição através de uma clara deturpação das lições mais basilares sobre a responsabilidade civil objetiva consagrada pelo legislador consumerista. Se o consumidor é hipossuficiente e prova, através da contextualização e sua narrativa que foi obrigado a pagar por um serviço não utilizado por imposição unilateral da contratação, evidenciando uma venda casada, que, diga-se de passagem é vedada pelo CDC⁷, demonstrada *ipso facto* a má-fé, dispensando qualquer outro elemento de prova sob pena de mitigar injustificadamente, o direito à restituição dobrada conforme permite ao dispositivo estudado.

CONCLUSÃO

Observa-se que, a par de não existir na lei o requisito da má-fé a ser provado pelo consumidor, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto outros Tribunais do país, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, estão exigindo essa prova do consumidor, trazendo-lhe um ônus injusto e demasiado dentro da sistemática da responsabilidade objetiva própria das relações de consumidor.

Tal entendimento colide com a nota de hipossuficiência do consumidor e o coloca numa situação altamente prejudicial eis que precisa provar uma intenção, uma prática concreta de má-fé, quando, em verdade, o mero contexto de compra e venda já revela por si só a prática da má-fé e a brutal falta de informação ao cliente na cobrança de parcelas de corretagem jamais contratadas pelo consumidor. A venda casada é prática vedada por lei.

Lamentável que atualmente esse seja o entendimento majoritário da Justiça sergipana diante de tão flagrante prática reiterada de má-fé. Infelizmente tal precedente tem origem no Superior Tribunal de Justiça, órgão de cúpula responsável pela uniformização da legislação federal e proteção das garantias do consumidor.

É mister que o julgador investigue a *ratio legis*, o espírito e a razão da lei, a fim de atestar qual foi a ideia do legislador quando consagrou a possibilidade de restituição dobrada pelo consumidor, quando fosse cobrado indevidamente. Se a lei ressalvou apenas o engano justificável, matéria de prova da vendedora, não há que se criar outros requisitos em prejuízo do consumidor, reduzindo suas possibilidades de êxito na Justiça, quando efetivamente demonstra as práticas ilegais a que está submetido no mercado imobiliário.

É preciso lembrar que qualquer dúvida em relação às cláusulas adesivas do contrato de promessa de compra e venda deve ser desembaraçada à luz do art. 47 do CDC, isto é, dando preferência à interpretação que mais proteja o consumidor, o que não vem sendo adotado por nossos Tribunais. Sugere-se, portanto, uma releitura da regra do art. 42 do CDC compatibilizando a exegese que se tem realizado da norma aos princípios da lealdade, transparência e eticidade norteadores da relação consumerista.

THE PREDICTION OF THE ART. CDC 42 DOUBLE REFUND THE AMOUNT WRONGLY CHARGED TO THE CONSUMER IN THE FORM OF REAL ESTATE BROKERAGE AND EVIDENCE OF BAD FAITH: UNDERSTANDING THE RATIO LEGIS

ABSTRACT: The article suggests a topic that has been very debated in our Court of Justice in Sergipe due to a new format of the purchase and sale agreement, which has been linked to the acquisition of the brokerage agreement in which the correspondent fee is paid by the consumer without his prior consent, who has been unable to the doubled restitution pursuant to art. 42 of Consumer Defense 's Code, owed to the bad faith proof.

KEYWORDS: Brokerage Agreement. Purchase and Sale Agreement. Doubled Restitution. Consumer Defense Code. Bad Faith.

Notas

¹ REsp 761.114-RS, DJ 14/8/2006; REsp 200.827-SP, DJ 9/12/2002; REsp 401.589-RJ, DJ 4/10/2004; AgRg no Ag 947.169-RJ, DJ 12/12/2007, e REsp 505.734-MA, DJ 23/6/2003. REsp 1.032.952-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 17/3/2009; REsp 1.127.721-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 3/12/2009.

² GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense. 9. ed. 2007, p. 146.

³ Scavone entende que “aquele que contratou efetivamente o corretor deve pagar a comissão” em SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Direito Imobiliário: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.289.

⁴ FILHO, Sergio Cavalieri Filho. *Programa de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.63.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. SCHEREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil, P. 29-44. In: *Obrigações*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.32.

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. in: *Comentários ao código de defesa do consumidor*, 2. ed., RT, São Paulo-SP, 2006, pág. 593.

⁷ Art. 39, I do CDC.

REFERÊNCIAS

FILHO, Sérgio Cavalieri Filho. *Programa de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2010.

GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. Os novos rumos do contrato de corretagem e sua inserção nos contratos de promessa de compra e

venda de imóvel: duas facetas de uma mesma moeda. *Revista da Ejuse*, nº 18, 2013.

GRINOVER, Ada Pelegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense. 9. ed. 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. In: *Comentários ao código de defesa do consumidor*, 2. ed., RT, São Paulo/SP, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. SCHEREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil, P. 29-44. In: *Obrigações*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.32.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Direito Imobiliário: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.