

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha; CALDARA, Simone. As consequências do processo na tomada de decisão a luz do Código Civil na relação de consumo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

AS CONSEQUÊNCIAS DO PROCESSO NA TOMADA DE DECISÃO A LUZ DO CÓDIGO CIVIL NA RELAÇÃO DE CONSUMO

THE CONSEQUENCES OF PROCESS IN DECISION MAKING IN ACORDANCE WITH THE CIVIL CODE IN CONSUMER PROTECTION LAWS

Paulo Eduardo Elias Bernacchi¹

Anderson Rocha Rodrigues²

Simone Caldara³

SUMÁRIO: Introdução; 1. Comissão de corretagem e a legislação pertinente; 1.1 A Comissão de corretagem e sua aplicação nos contratos na visão dos tribunais; 1.2 Os Recursos Repetitivos sobre a matéria em questão e a consequência da decisão judicial; Considerações finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO

Recentemente, o STJ afetou os Recursos Especiais n. 155.1956, n.155.1951 e n.155.1968 como representativo de controvérsia, para efeitos de conferir-lhe o procedimento previsto no artigo 543-C do CPC/73, tendo como objeto dirimir a questão de identificar a legitimidade passiva pelo pagamento da comissão de corretagem nos contratos de incorporação imobiliária e prescrição.

Tal como será desenvolvido ao longo do texto, a questão se coloca em evidência em razão da mudança de posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Distrito Federal em não aplicar o entendimento já sedimentado pelo STJ.

A questão será desenvolvida sobre a importância da tomada de decisão do Tribunal Superior com os olhos voltados para as normas aplicadas ao negócio

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP), advogado. Rio de Janeiro – RJ – Brasil. Email: pbernacchi1@gmail.com.

² Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP), acadêmico. Rio de Janeiro – RJ – Brasil. Email: rocha.rodri@bol.com.br.

³ Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP), advogada. Rio de Janeiro – RJ – Brasil. Email: simonecaldara@uol.com.br.

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha; CALDARA, Simone. As consequências do processo na tomada de decisão a luz do Código Civil na relação de consumo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

jurídico (Código Civil ou Código de Defesa do Consumidor) e as consequências da decisão judicial no âmbito jurídico e de mercado.

Palavras Chaves. Decisão Judicial; Código de Defesa do Consumidor; Código Civil.

ABSTRACT

Recently, the Supreme Court affected the Special Features n. 155.1956, n.155.1951 and n.155.1968 as representative of controversy for the purpose of giving him the procedure laid down in Article 543-C of the CPC / 73 the question of identifying the passive legitimacy of the payment of the brokerage commission in real estate contracts.

As will be developed throughout the text, the question arises in evidence because of the change of position of the State Court of São Paulo and the Federal District in disappaly the understanding already settled by the Supreme Court.

The question will be developed on the importance of decision-making of the High Court with his eyes on the standards applied to the legal and business consequences of a judicial decision

Keywords: *Judicial Decision, Consumer Protection Code, Civil Code.*

INTRODUÇÃO

A questão central atinente do presente trabalho é definir o papel do Superior Tribunal de Justiça, à luz da teoria da decisão judicial⁴ e das consequências na tomada de decisão⁵, cuja missão é seguir os critérios precisos no sistema de regras determinadas através da aplicação das normas previstas na Lei 4.591/1964, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, abordando a

⁴ Aqui será seguida a ordem de raciocínio explanada na doutrina de Ricardo Luis Lorenzetti, sendo primeiro raciocínio a aplicação de regras válidas; o segundo, controlar o resultado de acordo com os precedentes, com o resto do sistema e com as consequências da decisão; e o terceiro, a aplicação dos princípios nas decisões judiciais.

⁵ Conforme observa Rodrigo Távora “o Brasil não recebeu o mesmo espaço do que os demais aportes teóricos sobre interpretação e aplicação do direito na análise das consequências na tomada de decisão” (Rodrigo Távora, Filosofia Constitucional e Teoria do Direito, Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Ed. Aperj, vol. XXXIII, 2015)

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha; CALDARA, Simone. As consequências do processo na tomada de decisão a luz do Código Civil na relação de consumo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

possibilidade de abertura de margem a critérios de discricionariedade do Julgador, diante do amplo espaço dogmático disponível no ordenamento jurídico.

O choque existente entre as normas jurídicas postas no caso concreto é retratado na necessidade da uniformização das decisões do Superior Tribunal de Justiça, com foco nas ações ajuizadas por diversos consumidores contra incorporadoras de imóveis residenciais e/ou comerciais, em especial, no tocante à responsabilidade pelo pagamento da comissão de corretagem à luz dos regramentos contidos a lei 4.591/1964, do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, com os olhos voltados a realidade social e a fixação do precedente judicial nos termos balizados pelo Novo Código Civil Brasileiro de 2015.

A análise abrangerá os recursos especiais n.155.1956, n.155.1951 e n.155.1968 que foram afetados pela sistemática prevista no artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973⁶, em virtude das questões controvertidas que assolam a relação jurídica entre as incorporadoras e os consumidores pelos tribunais estaduais, principalmente, na obrigação pelo pagamento da comissão de corretagem e o seu prazo prescricional para pretensão de devolução do valor pago.

O problema é descrito pela seguinte indagação: É possível transferir o ônus do pagamento da comissão de corretagem ao consumidor, fazendo prevalecer a norma geral do Código Civil em desfavor da norma especial prevista no Código de Defesa do Consumidor? E na escolha da norma incidente ao caso (CC ou CDC), o Tribunal baseia sua decisão na consequência imediata (ou casuística) ou na consequência sistêmica⁷ dos efeitos?

⁶ O art. 543-C do Código de Processo Civil-CPC dispõe que, quando houver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica controvérsia, a análise do mérito recursal pode ocorrer por amostragem, mediante a seleção de recursos que representem de maneira adequada, a controvérsia. Recurso repetitivo, portanto, é aquele que representa um grupo de recursos especiais que tenham teses idênticas, ou seja, que possuam fundamento em idêntica questão de direito.

⁷ Considerando os efeitos da decisão sobre o resto do sistema.

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha; CALDARA, Simone. As consequências do processo na tomada de decisão a luz do Código Civil na relação de consumo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

A necessidade se verifica pelo crescente número de demandas ajuizadas contra as incorporadoras pelos tribunais⁸, sendo, portanto, imperiosa a manifestação definitiva do Superior Tribunal de Justiça para fixar argumentos jurídicos sólidos e necessários ao precedente judicial⁹ a ser seguido por todos os tribunais, cuja observância é fundamental para se proporcionar estabilidade e previsibilidade ao ordenamento jurídico quanto a questão de direito, uma vez que, à luz dos princípios do Estado de Direito, cabe aos Tribunais Superiores (STJ e STF) a função prospectiva da decisão judicial voltada para a orientação dos juízes e jurisdicionados, a fim de manter a segurança jurídica e igualdade dos jurisdicionados¹⁰.

1 COMISSÃO DE CORRETAGEM E A LEGISLAÇÃO PERTINENTE

O presente trabalho visa analisar e ponderar a relação existente entre as disposições específicas da relação de consumo, com os princípios reconhecidos na lei 8.078/1990 e as disposições gerais existentes no Código Civil Brasileiro, sob o aspecto da relação contratual firmada entre as incorporadoras de imóveis residenciais e/ou comerciais e os consumidores com a interveniência de uma terceira pessoa - o corretor de imóveis - e as consequências judiciais na tomada de decisão.

O ponto de partida é a instabilidade existente nas decisões proferidas pelos tribunais estaduais com relação à responsabilidade pelo pagamento da comissão de corretagem - essa regulada pelo Código Civil - e os princípios e normas

⁸ Conforme informação disponível no site do IDEC em: <http://www.idec.org.br/em-acao/noticia-do-consumidor/aces-contra-construtoras-crescem-50>, os processos contra as construtoras em São Paulo aumentaram 50%. Consulta realizada em 15/02/2016.

⁹ Precedente judicial como "*sendo fruto da reconstrução do sentido da lei, passa a ser o derradeiro garante da igualdade e da cognoscibilidade do Direito no modelo de Corte Suprema.*" (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.* São Paulo: RT, 2013)

¹⁰ Daniel Mitidiero ensina que "*Não se pode descurar que a igualdade é a base da segurança jurídica, assim como o é a justiça, especialmente no que diz respeito à vinculação aos precedentes. O princípio de segurança jurídica presente no Estado Democrático de Direito estabelecido na Carta Constitucional de 1988 exige que a norma - esteja prevista ou num texto legal ou abstraída de uma decisão - deva valer para todos, fazendo da igualdade outro atributo da segurança.*" (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.* São Paulo: RT, 2013)

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha; CALDARA, Simone. As consequências do processo na tomada de decisão a luz do Código Civil na relação de consumo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

favoráveis ao consumidor, ambos estabelecidos na lei 8078/90, levando-se em consideração as regras de experiência nas relações jurídicas.

O norte é a fixação de um precedente judicial pelo Superior Tribunal de Justiça nos recursos especiais afetados à sistemática dos recursos repetitivos, na forma do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

Isso implica em afirmar e demonstrar que as decisões dos tribunais têm oscilado tanto quanto à responsabilidade quanto ao prazo prescricional da pretensão judicial. Tais decisões contraditórias têm causando aos fornecedores e consumidores instabilidade negocial e insegurança jurídica no trato comercial, pois, ora as disposições consumeristas sucumbem à normatização geral constante do Código Civil Brasileiro – na visão de um Juiz conservador com utilização de um método dedutivo¹¹ -, e ora, as normas e princípios previstos na lei consumerista incidem com maior amplitude e força no aspecto negocial, salvaguardando, a hipossuficiência reconhecida ao consumidor na discricionariedade do magistrado na resolução do conflito, cabendo, em última análise, a fundamentação utilizada pelo julgador.

Em busca da identificação da norma fundante, Ricardo Lorenzetti ensina que:

A busca da fundamentação pode não ter fim: um jurista pode sustentar sua interpretação na lei, outro na constituição, outro no direito natural, um seguinte nos princípios morais e, por fim, algum outro em suas concepções políticas.¹²

Por fim, além da relação de consumo existente diretamente entre as incorporadoras e os adquirentes, existe ainda a figura de uma terceira pessoa na relação jurídica que são os corretores/vendedores que devem atuar de modo imparcial, ou seja, ainda que contratados exclusivamente pela incorporadora

¹¹ “Naturalmente, é a posição majoritária na tradição da teoria da decisão judicial, que aplica o método dedutivo. Prova disso é que as teorias atuais partem da demonstração da insuficiência deste entendimento”. (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, tradução Claudia Lima Marques, 2 ed ver atual – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.)

¹² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito, tradução Claudia Lima Marques, 2 ed ver atual – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha; CALDARA, Simone. As consequências do processo na tomada de decisão a luz do Código Civil na relação de consumo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

para prestação de um serviço, em princípio, não possuem relação de subordinação ou de dependência em relação às partes interessadas em concretizar o negócio que intermedeia nos termos da lei 6.530/1978¹³.

1.1 A COMISSÃO DE CORRETAGEM E SUA APLICAÇÃO NOS CONTRATOS NA VISÃO DOS TRIBUNAIS

A casa própria, ao mesmo tempo em que se tornou um sonho para a maioria dos brasileiros através do programa social Minha Casa Minha Vida¹⁴, apresentando diversas vantagens, tais como: subsídios, juros reduzidos, utilização do FGTS, entrada facilitada, seguro desemprego, dentre outros, se transformou num pesadelo para os consumidores em todo o Brasil.

Isso porque, com a facilidade de obtenção do crédito no mercado para aquisição dos imóveis e, conseqüentemente, a realização do sonho da casa própria, ocorreu um *boom* imobiliário de lançamentos espalhados em todo o Brasil, transformando os contratos de compra e venda de adesão em terreno fértil para a inclusão de cláusulas abusivas¹⁵, havendo com isso o conseqüente aumento de demandas judiciais com esboço nas violações constantes das normas previstas no Código Civil/2002 e no Código de Defesa do Consumidor.

É de conhecimento público que os imóveis lançados na “planta”, nem sempre tem a figura do corretor de imóvel presente na aproximação das partes, pois, o adquirente na maioria das vezes comparece diretamente ao local de venda a fim de olhar, se informar e adquirir o imóvel ofertado através da assinatura de contrato já elaborado pelo vendedor.

¹³ Dá nova regulamentação à profissão de Corretor de Imóveis, disciplina o funcionamento de seus órgãos de fiscalização e dá outras providências.

¹⁴ Minha Casa Minha Vida é o programa do governo federal que tem transformado o sonho da casa própria em realidade. O Programa popular acontece em parceria com estados, municípios, empresas e entidades sem fins lucrativos. Disponível em <http://www.minhacasaminhavidainscricao.com/>. Consulta em 15/02/2016.

¹⁵ Dentre as cláusulas abusivas encontradas nos contratos elaborados exclusivamente pelas incorporadoras, encontram-se, as que transferem aos adquirentes os custos do incorporador com os prestadores de serviço (assessoria jurídica e corretores), despesas com as certidões do vendedor, cujo pagamento o consumidor se submete sem qualquer poder de barganha, já que do contrário a compra e venda não se aperfeiçoa.

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha; CALDARA, Simone. As consequências do processo na tomada de decisão a luz do Código Civil na relação de consumo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Assim, não havendo qualquer manifestação de vontade do consumidor na elaboração das cláusulas contratuais no contrato¹⁶ de compra e venda, tampouco, a opção de rejeitar o pagamento inicial dirigido ao corretor contratado pela incorporadora como forma de cláusula abusiva ou venda casada, é necessário aferir se a cláusula que transfere ao consumidor o ônus do pagamento dos corretores contratados, exclusivamente pela incorporadora, é abusiva nos termos do Código de Defesa do Consumidor ou, se é possível transferir a cobrança com base no Código Civil que disciplina a matéria dos contratos de corretagem nos termos dos artigos 722 a 729.

O Código Civil, no artigo 722 define o contrato de corretagem como *"uma pessoa, não ligada à outra em virtude de mandato, de prestação de serviços¹⁷ ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas"*. Portanto, manifesta-se a tipicidade desta espécie de contrato a simples aproximação de pessoas que desejam contratar, as quais são colocadas em uma relação negocial.

Nas palavras de Arnaldo Rizzardo¹⁸ corretagem seria: *"o contrato através do qual uma pessoa se obriga, mediante remuneração, a intermediar, ou agenciar, negócios para outra, sem agir em virtude de mandato, de prestação de serviço ou de qualquer relação de dependência"*.

Portanto, pela leitura da definição exposta pelo Código Civil, acompanhada por parte da doutrina especializada, não existiria qualquer óbice do pagamento da corretagem pelo consumidor na compra de imóveis nos empreendimentos

¹⁶ Washington de Barros Monteiro conceitua o contrato como "o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito". (Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações, 27ª Ed. vol.II, pág.5)

¹⁷ Caio Mario da Silva Pereira entende que o contrato de corretagem, não obstante estar na lei ser uma relação sem outorga de mandato e não configurar prestação de serviço, ela envolve um "misto de prestação de serviço e de mandato, porque o corretor, sem ser empregado presta a sua atividade ao comitente, que limitadamente representa também." (Caio Mario da Silva pereira, Instituições de Direito Civil, vol III)

¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**, Ed. Forense, 6ª edição, Rio de Janeiro, 2006.

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha; CALDARA, Simone. As consequências do processo na tomada de decisão a luz do Código Civil na relação de consumo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

lançados pelas incorporadoras, senão fosse a discussão que envolve a prática na realização dos negócios jurídicos.

A celeuma de transferir o encargo ao consumidor desaguou em diversas demandas judiciais de restituição de valores pagos com fundamento de que a transferência da referida comissão de corretagem, não obstante ser possível a luz do Código Civil ensejaria violação a dispositivos legais e princípios albergados pelo Código de Defesa do Consumidor, que, no caso, é norma especial.

Esse entendimento, a princípio, se coaduna com as regras de experiência nas vendas de imóveis na planta, pois, é de conhecimento público e notório¹⁹ que nos empreendimentos lançados em *stand* de vendas montados pelas incorporadoras, não há a figura do corretor de imóveis aproximando as partes, e sim, um comparecimento espontâneo do adquirente nos locais de venda, no qual os 'corretores' contratados pelas incorporadoras, já estão presentes no local e apto a somente assinar o contrato de compra e venda.

Diante deste quadro sintomático, os tribunais de todo o Estado passaram a receber uma enxurrada de demandas com o fim de discutir a legalidade da transferência do ônus do corretor, ante a contratação ter sido pela incorporadora.

Inicialmente, passou-se a entender que a transferência do encargo ao consumidor configuraria violação ao princípio da legalidade, pois, nos contratos de adesão não havia previsão contratual transferindo o encargo ao consumidor/adquirente, o que violaria o princípio da informação e transparência, além de violação ao artigo 724 do Código Civil²⁰, que expressamente menciona o "*ajuste entre as partes*".

Neste sentido, segue interessante aresto do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro:

¹⁹ Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I - notórios;

²⁰ Art. 724. A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais.

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha; CALDARA, Simone. As consequências do processo na tomada de decisão a luz do Código Civil na relação de consumo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Apelação Cível. Ação de Repetição de Indébito c/c Indenização por Danos Morais. Cobrança Indevida de Comissão de Corretagem. Cuida-se de demanda em que adquirentes de imóvel em planta pretendem a devolução, em dobro, de valor indevidamente cobrado a título de comissão de corretagem, uma vez que não havia previsão contratual para que arcassem com este custo. Pleitearam, ainda, a condenação das Rés pelos danos morais sofridos. Sentença de procedência parcial. Apelação dos Autores, pugnando pela reforma da sentença, para que seja excluída sua condenação a pagar honorários para a primeira Ré; bem como para que sejam as Demandadas condenadas ao pagamento de indenização por danos morais e a devolução em dobro do valor pago pela comissão de corretagem. Rés que atuam de forma conjunta, em uma cadeia de fornecimento. Responsabilidade solidária de ambas pelos danos causados, pelo que afastada a condenação dos Autores ao pagamento de honorários a primeira Ré, CYRELA. Devolução do valor da comissão que deve se dar em dobro, uma vez que ausente o engano justificável. Condenação da 1ª Ré ao rateio das custas. Danos morais não configurados. Conhecimento dos recursos, provendo-se parcialmente o primeiro (da parte Autora) e desprovendo-se o segundo (da Segunda Ré).

O entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça Fluminense é o mesmo encampado pelo Superior Tribunal de Justiça, que em diversas manifestações sobre a questão de fundo analisada nas demandas, entendeu ser de responsabilidade do incorporador o pagamento da comissão de corretagem. Neste prisma, o aresto de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva²¹, decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DESISTÊNCIA. COMISSÃO DE CORRETAGEM. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL. OBRIGAÇÃO DO VENDEDOR. REEXAME DO CONTRATO. SÚMULA Nº 5/STJ.

1. A obrigação de pagar a comissão de corretagem é daquele que efetivamente contrata o corretor.
2. Inviável modificar a conclusão do juízo da causa, no sentido de que a comissão de corretagem não está

²¹ AgRg no AREsp 685109/SP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2015/0065479-3 – Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA - Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento: 06/08/2015 - DJe 17/08/2015.

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha; CALDARA, Simone. As consequências do processo na tomada de decisão a luz do Código Civil na relação de consumo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

expressamente prevista em cláusula contratual, ante o óbice da Súmula nº 5/STJ.

3. Agravo regimental não provido

Os entendimentos acima demonstravam que a comissão de corretagem era devida pela incorporadora e a jurisprudência caminhava no sentido de estabilizar as relações negociais, ou seja, quem efetivamente contratou o corretor para viabilizar a aproximação das partes contratantes, deve arcar com seu pagamento.

No mesmo sentido, encontram-se inúmeros julgados sobre o tema com fundamento na abusividade desta transferência ao consumidor do encargo de serviços de corretagem, diante da disposição contida no artigo 51, *caput*, inciso IV, c/c o artigo 6º, ambos previstos na Lei 8.078/1990, reafirmando, contudo, o entendimento de que o serviço foi prestado no interesse exclusivo de quem contratou, no caso, as incorporadoras de imóveis²².

A questão não diferiu dos demais Tribunais Estaduais e a jurisprudência parecia viver em águas calmas.

No entanto, não obstante estar a matéria com entendimento sedimentado no sentido até aqui aventado, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, passou a entender pela legalidade da cobrança da comissão de corretagem diretamente do consumidor, alçando as normas do Código Civil a patamar superior as normas e princípios sedimentados na relação consumerista, firmando, inclusive, uniformização de jurisprudência no âmbito do Juizado Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²³ sobre a questão.

Portanto, o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo no âmbito dos juizados, em casos análogos aos já apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça,

²² Importante reafirmar que a pertinência de tal conclusão decorre do fato de que o preço a ser pago a título de comissão de corretagem não é definido pelo consumidor, porém, fruto de acerto prévio entre o vendedor com o prestador de serviço (imobiliária), que ajustam o percentual que será cobrado do adquirente/consumidor.

²³ TJ/SP, Turma de Uniformização do Sistema dos Juizados Especiais do Estado de São Paulo, Proc. 0000018-42.2014.8.26.0968, Rel. Juiz Fernão Borba Franco, j. de 3/7/14

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha; CALDARA, Simone. As consequências do processo na tomada de decisão a luz do Código Civil na relação de consumo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

assumindo o ônus da fundamentação adequada, modificou o entendimento para incidir a lei geral sobre a lei especial.

A propósito, importante transcrever parte do voto que demonstra tal assertiva:

No caso concreto, muito embora o contrato de compromisso de compra e venda firmado entre as partes não traga previsão expressa desse deslocamento dos encargos de corretagem, os documentos de fls. 61/63 comprovam o pagamento pelo compromissário comprador de valores a esse título diretamente aos profissionais responsáveis pela intermediação da venda.

(...)

Dizer que normalmente a comissão de corretagem é suportada por quem contratou a intermediação é ignorar as circunstâncias negociais, de livre fixação pelas partes interessadas, impedindo a cobrança direta e impondo a cobrança indireta, o que não parece razoável. Assim, uma vez que houve livre contratação a respeito do pagamento – reiterando-se que a única diferença é o pagamento direto ou o pagamento indireto, em ambos os casos suportados pelo comprador – não se vislumbra ilegalidade na cláusula. Afinal, o serviço foi efetivamente prestado. Finalmente, não parece correto concluir que há venda casada, exatamente porque são esses custos suportados pela vendedora e que podem ser repassados, direta ou indiretamente, aos compradores. Portanto, não há exigência da compra de outro produto ou serviço para a venda do imóvel, mas simplesmente repasse dos custos respectivos, que, sendo custos, podem ser incluídos no preço final.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, portanto adotou uma postura flagrantemente progressista, constatou que as consequências da transferência deste ônus as incorporadoras elevariam o preço do imóvel a fim de compensar esse custo.

Conquanto tenha sido uma decisão isolada do Tribunal de São Paulo, o fato é que também o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, num giro de entendimento sobre a responsabilidade do pagamento da comissão de corretagem, fez incidir a norma geral prevista no código Civil, contudo, ressaltou a obediência aos princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor.

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha; CALDARA, Simone. As consequências do processo na tomada de decisão a luz do Código Civil na relação de consumo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal na Uniformização de jurisprudência do Juizado Especial²⁴ entendeu pela possibilidade de cobrança do consumidor, desde que, "*à obrigação de pagar a comissão de corretagem o ato negocial concernente à manifestação de vontade que a estabeleça com clareza ou que contemple no preço o encargo*", ou seja, de forma menos agressiva que o TJESP o entendimento prestigiou, de certa forma, os princípios encampados pelo Código de Defesa do Consumidor, sem expurgar do ordenamento jurídico o contrato de corretagem regido pelo Código Civil e pela lei 6530/78, ainda que diante de uma relação de consumo.

A propósito de a decisão ter sido formada pela maioria dos julgadores, a fundamentação do voto do Juiz Robson Barbosa de Azevedo – relator originário – sobre a importância do princípio da informação ao consumidor é de suma importância, pois, no seu entendimento afasta-se, inclusive, a cláusula contratual que estipulasse o pagamento nos moldes previstos pelo Código Civil. No seu entendimento há o prestígio da especialidade do Código de Defesa do Consumidor. Veja-se:

Observa-se que a transferência do encargo ao consumidor da comissão de corretagem somente é possível quando comprovado que ele participou da escolha do corretor, bem como concordou em pagar a remuneração de forma livre e espontânea, o que não se verifica nos contratos de adesão.

Ademais, o fato de o consumidor haver sido cientificado do pagamento referente à corretagem não afasta a abusividade da cláusula, pois nos contratos de adesão não lhe é dado discutir seus termos e empreender modificações. E não há comprovação de que os serviços de corretagem foram efetivamente ofertados aos consumidores e que houve trabalho de aproximação das partes e captação dos clientes.

Não obstante a oscilação das decisões judiciais recentes sobre a questão – inclusive nos Tribunais de São Paulo e Distrito Federal -, o fato é que as razões de decidir encampadas nos arestos denotam um flagrante afastamento das normas e princípios espalhados pelo Código de Defesa do Consumidor, em

²⁴ TJ/DF, Turma de Uniformização de Jurisprudência das Turmas Recursais, Proc. nº 2014 07 1 017302 9, Rel. Juíza Sandra Reves Vasques Tonussi, j. de 22/6/15

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha; CALDARA, Simone. As consequências do processo na tomada de decisão a luz do Código Civil na relação de consumo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

detrimento das normas do Código Civil, ainda que a natureza do negócio e os costumes do local serem de conhecimento público da forma como se apresentam no dia-dia.

A questão cinge-se, portanto, no que Ricardo Luis Lorenzetti explicou sobre a superação do método dedutivo na resolução dos conflitos de leis baseadas em um diálogo das fontes.

Num primeiro momento, para a tomada de decisão superando o método dedutivo, explica Ricardo Luis Lorenzetti, dá-se uma prioridade conceitual²⁵ que, se ultrapassada, prioriza-se na decisão os princípios aplicados a espécie, ou seja:

No caso da lei de Defesa do Consumidor, a fonte geral conceitual é o Código Civil, que provê todos os conceitos, enquanto a especial é a lei consumerista. No entanto, quando há colisão, pode prevalecer a Lei de Defesa do Consumidor porque há um princípio protetivo (art. 42, Constituição Nacional Argentina), que se transforma em uma regra de prioridade consistente na aplicação da lei mais favorável ao consumidor, e que é confirmada pela própria lei²⁶.

E continua o autor: "Esse enfoque nos leva a indicar que ambas as perspectivas são complementares, razão pela qual deve ser adotado um juízo prático, mais com vinculações sistemáticas"²⁷.

1.2 OS RECURSOS REPETITIVOS SOBRE A MATÉRIA EM QUESTÃO E A CONSEQUÊNCIA DA DECISÃO JUDICIAL

Não é de hoje que os tribunais enfrentam um congestionamento de demandas ocasionadas pelo acúmulo de ações com a mesma causa de pedir, o que soa para o jurisdicionado uma sensação de injustiça diante da morosidade judicial.

²⁵ Neste caso duas leis se aplicam ao mesmo tempo sobre um suporte fático, mais uma serve de base conceitual para a outra.

²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: Fundamentos de Direito, tradução Bruno Miragem, 2ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

²⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: Fundamentos de Direito, tradução Bruno Miragem, 2ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha; CALDARA, Simone. As consequências do processo na tomada de decisão a luz do Código Civil na relação de consumo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Por conta disso, o ordenamento jurídico brasileiro vem sendo constantemente reformulado, sendo introduzidos no sistema processual instrumentos específicos destinados a conferir solução rápida, racional e uniforme das decisões.

Como exemplo das modificações ocorridas pode ser citado o artigo 285-A do Código de Processo Civil, a súmula vinculante²⁸ introduzida com a emenda constitucional 45/2004, a repercussão geral, entre outros.

Não obstante esses instrumentos criados pelo legislador, no caso, são importantes destacar a criação dos recursos repetitivos, cuja técnica de processamento e julgamento se apresenta por *amostragem*²⁹, com clara finalidade de represar o fluxo de demandas que são encaminhadas ao Superior Tribunal de Justiça.

Dispõem, em síntese, os artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil que cabe ao tribunal local selecionar o recurso que melhor representa as discussões em torno da questão, pois, como delineado será julgada *por amostragem*³⁰, permitindo, na hipótese, a intervenção de *amicus curiae* como forma de democratizar a discussão em torno da causa.

Assim, proferido o julgamento do recurso ou recursos no âmbito dos Tribunais superiores, os demais processos que aguardavam julgamento sobre a mesma

²⁸ "Os enunciados da súmula da jurisprudência predominante com eficácia vinculante são conceituados como proposições aprovadas ou revisadas, de ofício ou por iniciativa de legitimado ativo para ação direta de inconstitucionalidade, por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, quanto à interpretação, validade e eficácia de normas determinadas, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública direta ou indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, sob pena do uso de reclamação". (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004).

²⁹ CPC nos artigos 543-B e 543-C.

³⁰ Não obstante receber críticas. Por todos Leonardo Carneiro da Cunha quando afirma: "*Há um problema que tem ocorrido frequentemente nesses casos de recursos repetitivos. Não é raro haver o equivocadamente sobrestamento de algum recurso que trate de assunto totalmente diverso, prejudicando a parte interessada e causando o risco de a solução daqueles casos ser aplicada a este que com eles não guarda qualquer pertinência*". Disponível em www.leonardocarneirodacunha.com.br consulta em 16/02/2016.

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha; CALDARA, Simone. As consequências do processo na tomada de decisão a luz do Código Civil na relação de consumo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

questão de direito, terão a mesma solução como forma de prestigiar o princípio da igualdade entre os jurisdicionados e, principalmente, segurança jurídica.

Em síntese, os recursos repetitivos além de contribuírem para represar a avalanche de recursos aos Tribunais Superiores, tem a função precípua de eliminar distorções nas orientações e uniformizar a divergência jurisprudencial no âmbito dos tribunais.

Ao longo de toda a narrativa foi demonstrado que o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência protetiva do consumidor com clara valorização dos princípios ali consignados em detrimento da norma geral.

Ocorre que, diante das recentes manifestações de divergência jurisprudencial no âmbito dos tribunais estaduais, em especial no Tribunal de Justiça de São Paulo e Distrito Federal que aplicaram entendimento com clara proteção do mercado imobiliário, se faz necessária a manifestação do Superior Tribunal de Justiça, a fim de corrigir a insegurança dos contratantes e previsibilidade das decisões judiciais.

A existência de um amplo campo legislativo ao intérprete do direito na tomada de decisão conferiu ao aplicador do direito a posição de protagonista, ou seja, não basta hoje o julgador se limitar a identificar o fato e aplicar a regra a este fato no método dedutivo, sendo imprescindível um raciocínio argumentativo, sem, contudo, na opinião de Ricardo Lorenzetti se afastar do método dedutivo.

Neste prisma explica Ricardo Lorenzetti que a norma serve como um elemento a mais, cabendo ao aplicador do direito a argumentação, sendo os princípios características na visão do Autor:

O direito é uma ciência de problemas e não meramente especulativa; a tarefa do juiz é o exercício da prudência e não a especulação; a prudência é baseada no raciocínio argumentativo; argumentar é convencer um auditório imaginário, ou seja, a quem é destinada a decisão; a argumentação é baseada na experiência prévia acumulada

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha; CALDARA, Simone. As consequências do processo na tomada de decisão a luz do Código Civil na relação de consumo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

(tópicos), ou na capacidade do argumento para persuadir um auditório universal utilizado como modelo³¹.

Nas correntes mais importantes apontadas pelo Autor, é destacada a teoria da argumentação explicada a partir da tópica jurídica em que os argumentos são formulados a partir de princípios gerais e decisões de jurisprudência sem utilizar a dedução a partir das normas, pois o método dedutivo permite completar o vazio hermenêutico.

Ainda cita o Ricardo Lorenzetti a teoria da argumentação jurídica de Perelman baseada na retórica aristotélica, baseada na adesão do auditório particular e auditório universal.³²

Assim, a fim de destrinchar os efeitos da decisão judicial a ser proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, é importante ter como base a premissa de que não se pode tomar em conta somente as regras do Código Civil para afirmar o direito, sendo oportuno, utilizar-se dos princípios da lei protetiva do consumidor e das regras de experiência.

Para Ricardo Lorenzetti a adoção de uma posição intermediária entre os métodos dedutivo e argumentativo seria o mais adequado visto que prescindir de um deles redundaria no indevido e indesejado aumento do nível de incerteza das decisões judiciais³³.

³¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial:** Fundamentos de Direito, tradução Bruno Miragem, 2ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

³² Destaca Ricardo Lorenzetti dois tipos de problemas no método argumentativo retórico: - substitui-se total ou parcialmente o método dedutivo; e o raciocínio livre do método argumentativo. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial:** Fundamentos de Direito, tradução Bruno Miragem, 2ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.177 e 178

³³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial:** Fundamentos de Direito, tradução Bruno Miragem, 2ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.178

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha; CALDARA, Simone. As consequências do processo na tomada de decisão a luz do Código Civil na relação de consumo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Explica o autor: "*Se não há um limite e um critério de validade para determinar os argumentos admissíveis, pode-se estabelecer-se qualquer tipo de cadeia de fundamentação*"³⁴

Por outro lado, o caso a ser decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos recursos repetitivos não se apresenta como o chamado 'casos difíceis'³⁵. No esquema do raciocínio judicial desenvolvido pelos métodos de Ricardo Lorenzetti, aplicar-se-ia o método dedutivo para o caso em análise, porque o Superior Tribunal de Justiça nos limites das regras aplicáveis ao caso concreto ter a percepção de olhar para os elementos de consistência (precedentes judiciais), de coerência (coerência com o sistema) e consequencialista (gerais e jurídicas da decisão).³⁶

Por tudo, cabe ao Superior Tribunal de Justiça definir se manterá fiel a jurisprudência protetiva do consumidor (elementos consistência e coerência), ante a regra especial incidente no caso ou alterará seu posicionamento, para inquirir uma prospectiva do mercado (elemento consequencialista), afastando a norma especial para sobrelevar a aplicação da norma geral.

As circunstâncias concretas e as consequências delas advindas serão determinantes para a eleição da solução mais adequada ao caso sob a análise e não mais a prescrição normativa isoladamente considerada, ou seja, precisam-se considerar quais os efeitos concebíveis da decisão judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatamos que as inovações legislativas introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, em especial a uniformização de entendimento no âmbito dos Tribunais

³⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial:** Fundamentos de Direito, tradução Bruno Miragem, 2ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.178, p. 72

³⁵ Aqui não se leva em consideração a dificuldade pessoal do julgador para encontrar uma solução, mais sim, a dificuldade de aplicação do método dedutivo. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial:** Fundamentos de Direito, tradução Bruno Miragem, 2ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

³⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial:** Fundamentos de Direito, tradução Bruno Miragem, 2ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 160 e 161.

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha; CALDARA, Simone. As consequências do processo na tomada de decisão a luz do Código Civil na relação de consumo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Superiores – seja pelo recurso repetitivo no STJ, seja pelo reconhecimento da repercussão geral no STF – é crucial para uma justiça mais célere e garantidora de igualdade e segurança jurídica no trato negocial.

Não obstante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ter sido, a princípio, contrariada pelos entendimentos sufragados pelos Tribunais de São Paulo e Distrito Federal, o fato é que com a nova fundamentação dada a esses casos envolvendo a responsabilidade pelo pagamento da comissão de corretagem nos contratos de adesão de compra e venda de imóveis, passou-se a ter desigualdades e insegurança jurídica entre consumidores espalhados pelos Estados da Federação, numa análise prospectiva.

Enquanto os Tribunais Estaduais mantêm firme o entendimento de que a transferência deste ônus (comissão de corretagem) ao consumidor é abusiva e violadora de princípios consumeristas, os Tribunais de São Paulo e Distrito Federal sofrem com as distorções existentes nos julgamentos, até mesmo no próprio Tribunal.

O sistema legal tem plenitude e disciplina sobre a questão discutida, contudo, o julgador terá que encontrar uma regra aplicável, além da possibilidade de otimização dos princípios inerentes na relação jurídica.

Com isso, a fim de uniformizar o entendimento dos Tribunais, tem o Superior Tribunal de Justiça que definir o conjunto de premissa jurídica (premissa maior) para formular um enunciado normativo geral, identificando na espécie a norma aplicável e seu sentido.

A decisão a ser proferida pelo Superior Tribunal de Justiça implicará em um consequentialismo que revelará o processo de tomada de decisão deve apresentar uma perspectiva prospectiva, importando na análise das consequências futuras advindas desta decisão.

No caso, entendo que para qualquer dos argumentos utilizados serão encontradas bases teóricas firmes a higidez da decisão, bastando, somente, escolher o lado protetivo do consumidor ou prospectivo do mercado.

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha; CALDARA, Simone. As consequências do processo na tomada de decisão a luz do Código Civil na relação de consumo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: RT, 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**, tradução Claudia Lima Marques, 2 ed ver atual – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.

Washington de Barros Monteiro, **Curso de Direito Civil** – Direito das Obrigações, 27ª Ed. vol.II, pág.5.

Caio Mario da Silva Pereira, **Instituições de Direito Civil**, vol III.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**, Ed. Forense, 6ª edição, Rio de Janeiro, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Submetido em: outubro/2016

Aprovado em: fevereiro/2017