

RECURSO ESPECIAL Nº 1.261.513 - SP (2011/0069522-9)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : BANCO SANTANDER BANESPA S/A
ADVOGADO : KAREN CRISTINA RUIVO E OUTRO(S)
RECORRIDO : FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR
PROCURADOR : MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por BANCO SANTANDER - BANESPA S/A -, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 861):

CERCEAMENTO DE DEFESA - PROVA PERICIAL - A PROVA REQUERIDA PELA RECORRENTE PARA QUE SE AUFERISSE O FATURAMENTO DE UMA DAS EMPRESAS DO CONGLOMERADO BANESPA É INADMISSÍVEL, PORQUANTO O CARTÃO DE CRÉDITO FOI REMETIDO À CONSUMIDORA EM NOME DA EMPRESA-AUTORA, LOGO, O FATURAMENTO DEVE SER CONSIDERADO DESSA ÚLTIMA.

PRELIMINAR REJEITADA.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - A CONDUTA DA AUTORA AO ENVIAR CARTÃO DE CRÉDITO À CONSUMIDORA, SEM O PRÉVIO PEDIDO, CONFIGURA INFRAÇÃO AO ART. 39, III, DO CDC.

MULTA - FIXAÇÃO - O FATURAMENTO A SER CONSIDERADO EM ATENÇÃO A "CONDIÇÃO ECONÔMICA DO FORNECEDOR" (ART. 57, "CAPUT", DO CDC), É O DA EMPRESA-APELANTE, E NÃO DE UMA SUA COLIGADA.

PENA PECUNIÁRIA - QUANTIFICOU DE CONFORMIDADE COM A LEI DE REGÊNCIA (CDC) E SEUS CRITÉRIOS.

RECURSO IMPROVIDO.

Apresentados embargos de declaração, esses foram rejeitados (fls. 889/898).

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente alega violação ao art. 535 do CPC, aos artigos 39, inciso III, e 57 do Código de Defesa do Consumidor e ao artigo 50, inciso II, da Lei nº 9784/99.

Sustenta que o Tribunal a quo foi omissivo ao não se manifestar acerca dos seguintes pontos: (i) inexistência de conduta infracional, uma vez que se trata de cartão múltiplo, cujas funções são débito (movimentação da conta-corrente) e crédito (que dependia da ativação por

Superior Tribunal de Justiça

parte da recorrente); (ii) art. 57 do Código de Defesa do Consumidor; (iii) artigo 50, inciso II, da Lei nº 9784/99 .

Aduz: (i) a ausência de conduta abusiva por parte do recorrente, uma vez que foi enviado ao consumidor cartão com função múltipla para a movimentação de sua conta (função débito), cuja função crédito só seria ativada por solicitação do cliente; (ii) a ausência de fundamentação aos critérios utilizados na fixação de penalidade acima do patamar mínimo legal, uma vez que foi desconsiderado o fato de inexistir dano ao consumidor, bem como a real condição econômica do fornecedor; (iii) a ausência de motivação suficiente para a aplicação da multa.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 971/983).

Decisão de admissibilidade do recurso especial (fl. 1212).

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso especial *sub examine* (fls. 1235/1241).

É o relatório, no que interessa à presente análise.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.261.513 - SP (2011/0069522-9)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. MULTA IMPOSTA PELO PROCON. ENVIO DE CARTÃO COM FUNÇÃO CRÉDITO SEM QUE TENHA SIDO SOLICITADA PELO CONSUMIDOR. ART. 39, INCISO III, DO CDC. CONDUTA ABUSIVA. MULTA. FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Os acórdãos recorridos - tanto da apelação quanto dos embargos de declaração juntados respectivamente às fls. 859/870 e 889/898 dos autos - se manifestaram de forma suficiente e fundamentada sobre todas as questões colocadas em Juízo, decidindo satisfatoriamente a controvérsia em exame. Assim, tendo sido abordados todos os aspectos essenciais para o deslinde da *quaestio*, é de se rejeitar a alegação de contrariedade ao art. 535 do CPC suscitada pela parte recorrente.

2. Conforme analisado pela Corte de origem, a conduta constatada diz respeito ao fato de a parte recorrente ter enviado um "*cartão de crédito múltiplo, sem que tivesse havido solicitação a parte do consumidor*". Ou seja, o pedido do consumidor não disse respeito a um cartão de crédito múltiplo, tendo sido a conduta comprovada a partir dos elementos fáticos e probatórios constantes dos autos.

3. O art. 39, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor veda a prática de enviar ao consumidor produtos ou serviços não requeridos por ele. Nesse ponto, cai por terra a alegação da parte recorrente de que o cartão enviado estaria com a função crédito inativada, pois tal argumento é irrelevante para o deslinde da controvérsia. Isso porque, pelo o que consta do acórdão impugnado, o pedido da consumidora se restringiu a um cartão de débito, tão somente, não havendo registro de que tenha havido qualquer manifestação de vontade por parte dela quanto ao cartão múltiplo.

4. Há a abusividade da conduta com o simples envio do cartão de crédito, sem pedido pretérito e expresso do consumidor, independentemente da múltipla função e do bloqueio da função crédito, pois tutelam-se os interesses dos consumidores em fase pré-contratual, evitando a ocorrência de abuso de direito na atuação dos fornecedores na relação consumerista com esse tipo de prática comercial, absolutamente contrária à boa-fé objetiva. Precedentes: REsp 1199117/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/03/2013; AgRg no AREsp 152.596/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012.

5. O Tribunal a quo se manifestou acerca da legalidade nos critérios utilizados na fixação de penalidade e pela presença de motivação suficiente para a aplicação da multa de R\$ 158.240,00 (cento e cinquenta e oito mil duzentos e quarenta reais). Assim, para análise da pretensão do recorrente, no sentido de que não houve fundamentação na aplicação dos critérios utilizados na fixação de penalidade acima do patamar mínimo legal e motivação suficiente para a aplicação da multa, seria necessário o reexame da matéria fático probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do verbete de Súmula nº 7 desta Egrégia Corte.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): O recurso não merece acolhida.

Conforme relatado, em síntese, a parte recorrente aduz a ocorrência de violação aos seguintes dispositivos legais: (a) dos arts. 39, III e 57, ambos do Código de Defesa do Consumidor; (b) do art. 535 do CPC; e, (c) do art. 50, II, da Lei nº 9.784/99.

É sobre tais pontos que trato a seguir no presente voto.

Em primeiro lugar, verifico que os acórdãos recorridos - tanto da apelação quanto dos embargos de declaração juntados respectivamente às fls. 859/870 e 889/898 dos autos - se manifestaram de forma suficiente e fundamentada sobre todas as questões colocadas em Juízo, decidindo satisfatoriamente a controvérsia em exame. Assim, tendo sido abordados todos os aspectos essenciais para o deslinde da *quaestio*, é de se rejeitar a alegação de contrariedade ao art. 535 do CPC suscitada pela parte recorrente.

Em segundo lugar, quanto à falta de enquadramento da conduta como prática abusiva, o Tribunal *a quo* se manifestou nos seguintes termos (fls. 864/865):

[...]

Ora, a prova dos autos (fls. 480) é no sentido de que a apelante enviou correspondência ao consumidor, comunicando-lhe o envio de cartão de crédito múltiplo, sem que tivesse havido solicitação a parte do consumidor.

A conduta que infringia o art. 39, III, do Código de Defesa do Consumidor, foi devidamente comprovada através dos documentos e f s. 476, 477 e 480, porquanto foi enviado um cartão de crédito à consumidora, sem que esta o tivesse pedido.

Ora, constitui prática abusiva enviar ao consumidor, sem solicitação previa, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço, nos termos do art. 39, III, do CDC.

[...]

Conforme analisado pela Corte de origem no excerto acima transcrito, a conduta

constatada diz respeito ao fato de a parte recorrente ter enviado um "cartão de crédito múltiplo, sem que tivesse havido solicitação a parte do consumidor". Ou seja, o pedido do consumidor não disse respeito a um cartão de crédito múltiplo, tendo sido a conduta comprovada a partir dos elementos fáticos e probatórios constantes dos autos.

Dispõe o art. 39, inciso III, do CDC, *in verbis*:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

[...]

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

O Código de Defesa do Consumidor veda a prática de enviar ao consumidor produtos ou serviços não requeridos por ele.

Nesse ponto, cai por terra a alegação da parte recorrente de que o cartão enviado estaria com a função crédito inativada, pois tal argumento é irrelevante para o deslinde da controvérsia. Isso porque, pelo o que consta do acórdão impugnado, o pedido da consumidora se restringiu a um cartão de débito, tão somente, não havendo registro de que tenha havido qualquer manifestação de vontade por parte dela quanto ao cartão múltiplo.

Assim, impõe-se seja reconhecida a abusividade da conduta com o simples envio do cartão de crédito, sem pedido pretérito e expresso do consumidor, independentemente da múltipla função e do bloqueio da função crédito, pois tutelam-se os interesses dos consumidores em fase pré-contratual, evitando a ocorrência de abuso de direito na atuação dos fornecedores na relação consumerista com esse tipo de prática comercial, absolutamente contrária à boa-fé objetiva. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENVIO DE CARTÃO DE CRÉDITO NÃO SOLICITADO. PRÁTICA COMERCIAL ABUSIVA. ABUSO DE DIREITO CONFIGURADO.

1. O envio do cartão de crédito, ainda que bloqueado, sem pedido pretérito e expresso do consumidor, caracteriza prática comercial abusiva, violando frontalmente o disposto no artigo 39, III, do Código de Defesa do Consumidor.
2. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.
3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1199117/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em

18/12/2012, DJe 04/03/2013)

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. SAQUES E DESCONTOS NÃO AUTORIZADOS PELA CONSUMIDORA, EMISSÃO E ENVIO DE CARTÃO DE CRÉDITO SEM SOLICITAÇÃO E INSCRIÇÃO NO CCF. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM PROFUSÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS (R\$ 50.000,00). REPROVABILIDADE DA CONDUTA DA RÉ. PRÁTICA ABUSIVA TIPIFICADA (CDC. ART. 39, III). RAZOABILIDADE.

1.- Esta Corte só conhece de valores fixados a título de danos morais que destoam razoabilidade, o que, ante as peculiaridades do caso, não ocorreu no presente feito.

2.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 152.596/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012)

Em relação à fundamentação aos critérios utilizados na fixação de penalidade acima do patamar mínimo legal e a ausência de motivação suficiente para a aplicação da multa de R\$ 158.240,00 (cento e cinquenta e oito mil duzentos e quarenta reais), o Tribunal *a quo* se manifestou nos seguintes termos (fls. 866/870):

[...]

A questão relevante é a referente à pena base da multa e, para tanto, como afirmei da análise da preliminar - cerceamento de defesa -, retorno ao tema. A apelante, como já salientado, alega que a fixação da estimativa do Procon (R\$50.000.000,00) é inadmissível, pois deveria ser levando em conta apenas o faturamento mensal da empresa coligada a ela que expediu o cartão de crédito. Contudo, sem razão, porquanto o cartão de crédito foi remetido à consumidora em nome da apelante, logo a "condição econômica da autuada" é que deve ser adotada, dessorate é preciso levar em conta o faturamento da empresa.

Ora, o art. 57 já referido determina que a condição econômica é um dos fatores para o cálculo da sanção pecuniária, para evitar que fornecedor de pequeno porte pague os mesmos valores estabelecidos para grandes empresas, como apelante.

A pena foi fixada no valor mínimo, razão pela qual não foi levado em conta em nenhum atenuante e tampouco as agravantes (fls. 536), e, em face a Portaria n° 23/05, que determinou novos critérios para a fixação da multa (fls. 567), foi ela reduzida (fls. 569).

Finalmente, conforme bem ficou destacado a fls 599, a autora não trouxe "aos autos qualquer documento hábil a comprovar o alegado, limitando-se a apresentar simples declaração de faturamento no corpo da manifestação e às fls 113/114

O documento apresentado pela autuada não atende ao disposto no § 1º do art. 4º da Portaria Normativa Procon n° 23/05 e mesmo, considerando-se o que dispunha a Portaria Normativa Procon n° 06/00 a simples declaração apresentada pela autuada não pode ser considerada documento hábil para comprovar que o valor estimado pela Fundação não se encontra correto."

Superior Tribunal de Justiça

E, conforme analisado quando do exame da preliminar de cerceamento de defesa, a prova pericial requerida pela recorrente, e da forma como ela quer restringir o alcance do "faturamento" da empresa-autuada para uma simples agência, não é admissível, conforme retro fundamentado.

Com efeito, o objetivo principal da pena pecuniária é desestimular os infratores e, dessa forma, o valor somente teria sentido se forçasse a empresa infratora a evitar o cometimento de infração à Lei do Consumidor, pois se ela fosse quantitativamente menor provavelmente muitos empresários não teriam o coibir a prática de conduta contrária à lei em seus estabelecimentos.

O PROCON, conforme infere-se da leitura de sua defesa, adotou como parâmetro a condição econômica do fornecedor e a sua receita, sendo que a lei também deixou a cargo do administrador estabelecer como os três critérios (gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica) iriam interagir no estabelecimento da pena. Não existe outro meio de se estabelecer essa interação a não ser por meio de uma fórmula aritmética pelo qual, inserindo-se os parâmetros, pudesse ser extraídos os limites concretos para a pena

A pena pecuniária estabelecida foi de conformidade com a lei, isto é, observou o princípio da proporcionalidade e de longe não tem o efeito confiscatório, como alegou a autora-apelante, mas tem por finalidade intimidar e desmotivar os fornecedores à prática das infrações ao Código de Defesa do Consumidor

Desta forma, a pena se mostra apta a atingir a sua função, qual seja, a de proteger os direitos básicos do consumidor, sendo imprescindível que ela efetivamente tenha um caráter intimidativo e desmotivador, a fim de coibir práticas abusivas e ilegais e compelir o fornecedor a gerenciar melhor o seu estabelecimento, estabelecendo-se uma regular relação de consumo

Ademais, conforme já decidido no Agravo de Instrumento nº 592.911-5/0-001, "o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 57, caput, determina que a pena de multa deverá ser 'graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor.

A referida portaria estipula as multas a serem atribuídas a infrações à legislação do consumidor de acordo com os patamares previstos pela Lei 8.078/90, e a fixação dos valores das multas se divide em quatro grupos, de acordo com a gravidade da infração (arts. 1º e 2º). Estipula, outrossim, quais os métodos de apuração da vantagem auferida pelo fornecedor infrator (art. 3-), e ainda prevê que 'a condição econômica do fornecedor será auferida por meio de sua receita mensal média' (art. 4e). Vê-se, portanto, que a referida portaria está rigorosamente de acordo com as exigências do artigo 57, caput, do Estatuto do Consumidor, que traça os critérios a serem levados em conta na aplicação da pena de multa

Ademais, a utilização da receita média mensal do fornecedor para estipular o valor da multa atende precisamente aos critérios do princípio da proporcionalidade..."

De outro lado, em relação à vantagem auferida, esta foi considerada como sendo não apurada, o que favoreceu a recorrente já que não houve qualquer acréscimo em decorrência de tal fator. Por outro lado, somente poderia ser invalidada a pena sob este aspecto caso ficasse evidenciada a desproporção entre os meios empregados pelo administrador e os fins que a lei desejasse alcançar, o que, absolutamente, não é o caso dos autos

Logo, o Judiciário, sendo legal, razoável e proporcional a pena imposta ao fornecedor, não pode substituir o critério utilizado pela ré pelo do juiz, sob pena de vulneração do princípio da separação dos Poderes

[...]

Superior Tribunal de Justiça

Assim, para análise da pretensão do recorrente, no sentido de que não houve fundamentação na aplicação dos critérios utilizados na fixação de penalidade acima do patamar mínimo legal e motivação suficiente para a aplicação da multa, seria necessário o reexame da matéria fático probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do verbete de Súmula nº 7 desta Egrégia Corte.

Salienta-se que a multa aqui aplicada diz respeito à infração às normas de defesa do consumidor - aqui entendido em seu sentido amplo que se refere à coletividade de pessoas descrita no art. 2º, parágrafo único do CDC - e não o desrespeito a cláusula contratual *inter partes*. Nesse sentido, por ser de potencialidade lesiva mais ampla, entendo que os valores fixados devem ter parâmetros mais específicos do que aqueles levados em consideração tratando-se de danos individuais.

Tanto é assim que os valores arrecadados pelo PROCON não se revertem para a parte individualmente lesada, mas sim à coletividade em geral, vez que se revertem em entradas orçamentárias que serão utilizadas no aperfeiçoamento da proteção dos interesses difusos e coletivos envolvidos.

Feitas estas considerações, destaco que o valor da multa aplicada - cento e cinquenta e oito mil, duzentos e quarenta reais (fl. 79) - é proporcional e razoável à conduta infrativa praticada. Isso porque foram atendidos todos os requisitos estabelecidos tanto pelo Código de Defesa do Consumidor quanto por seu regulamento de execução, os quais estabelecem todos os critérios que devem ser seguidos para a determinação do montante da reprimenda.

Ademais, foi dada à parte recorrente a oportunidade de se insurgir quanto a este tema, sendo certo que não o fez de maneira válida, uma vez que não apresentou os dados necessários para demonstrar a sua pretensão. Nesse ponto, registra-se que o cartão de crédito múltiplo enviado foi marcado com a bandeira da parte recorrente, não sendo plausível a alegação de que deve ser considerado como faturamento aquele da agência que constou no remetente da correspondência que continha o indigitado produto.

Assim, ante tudo quanto exposto, **CONHEÇO PARCIALMENTE** e, nessa parte, **NEGO PROVIMENTO** ao **RECURSO ESPECIAL**.

Superior Tribunal de Justiça

É como voto.

