

RECURSO ESPECIAL Nº 1.412.993 - SP (2013/0104421-7)

VOTO-VISTA

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Trata-se de recurso especial interposto por KALUNGA COMÉRCIO E INDÚSTRIA GRÁFICA LTDA em face acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

BEM MÓVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Compra e venda de mercadorias fornecidas por grande empresa através do seu site na internet - Possibilidade de desistência do negócio pelo comprador, nos termos do artigo 49 do CDC, posto que o ajuste é celebrado fora do estabelecimento comercial da vendedora - Restituição da quantia paga no prazo previsto no sítio eletrônico da fornecedora - Necessidade de fixação de multa para o caso de descumprimento do prazo pela vendedora, seja quanto à devolução do preço, como no que toca ao prazo de entrega do produto - Multa moratória de 2% sobre o valor da mercadoria, acrescida de juros legais de 1% ao mês - Medida necessária para a manutenção do equilíbrio do contrato, para que não seja somente o consumidor apenado com a cláusula penal, mas também o fornecedor - Recurso parcialmente provido.

Contra o referido julgado, foram opostos embargos declaratórios, cujo acórdão recebeu a ementa assim lavrada:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - APELAÇÃO COISAS BEM MÓVEL - Ação civil pública - Alegação de que o Acórdão proferido pela Turma Julgadora apresenta erro de fato, contradição, obscuridade e omissão - Nítido caráter infringente, sem condições de ser provido, porquanto busca o reexame de matéria já analisada e decidida, o que não é de se admitir - Embargos rejeitados.

A recorrente interpôs recurso especial, em cujas razões sustentou que o acórdão estadual é omissivo; nas vendas realizadas em sua loja virtual não há assinatura de contrato de adesão com fixação de cláusula penal; mesmo que fosse firmado contrato, não haveria sentido algum em se fixar multa moratória porque as formas de pagamento para pessoas físicas – cartão de crédito, transferência eletrônica e boleto bancário – não expõem o recorrente ao risco da mora; o pagamento por meio de cartão de crédito lhe é repassado pela operadora do cartão, e é esta que assume o risco da inadimplência; que nos pagamentos efetuados por

Superior Tribunal de Justiça

transferência eletrônica e boleto bancário, recebe o preço do produto à vista; não pode ser penalizada por oferecer aos seus consumidores diversos meios de pagamento; não cobra e nunca receberá os juros ou multa por atraso no pagamento do preço de seus consumidores; a imposição de cláusula penal nos casos de atraso na entrega de mercadorias, ou na restituição do valor pago nos casos de arrependimento do consumidor, viola o princípio do equilíbrio contratual; a parte dispositiva abarcou também a forma de pagamento faturada, exclusiva de pessoas jurídicas que não se encontram sob o manto protetor das normas consumeristas; a multa, fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada eventual descumprimento na fixação da multa moratória é exorbitante, merecendo redução.

A Corte de origem, em juízo prévio de admissibilidade, negou seguimento ao recurso especial, decisão que foi impugnada por meio de agravo em recurso especial.

Ao examinar os temas suscitados no agravo, o Relator, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, houve por bem dar provimento ao agravo para melhor exame do recurso especial. Negou provimento, todavia, ao pedido de reforma, sob o fundamento de que o acórdão estadual não é omissivo; o REsp n. 1.548.189/SP, julgado pela Terceira Turma, em caso semelhante, manteve a determinação de imposição de multa, conforme estabelecido pela Corte de origem; a inserção de cláusulas contratuais no pacto de adesão é providência que atende ao equilíbrio contratual, já que o consumidor se encontra em posição de vulnerabilidade; a abusividade de cláusulas que estabelecem sanções em caso de atraso ou descumprimento de obrigação somente em desfavor do consumidor é reconhecida pela Portaria n. 4 de 13.3.1998, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ); tal entendimento corresponde a tendência mundial, como se colhe do exame da Diretiva n. 93/13 do Conselho da Comunidade Econômica Européia (CEE), de 5.4.1993; a recorrente se aproveita da facilidade de oferecer o pagamento por meio de cartão de crédito para fomentar suas vendas; por ocasião do julgamento do REsp n. 955.134/SC, o STJ reconheceu a possibilidade de estender a multa moratória em desfavor do comprador de imóvel no caso de inadimplemento do vendedor, quando a referida penalidade não se encontrava prevista no acordo original firmado entre as partes; o PL n. 3.514/2015, em tramitação na Câmara dos Deputados, tenta dar efetividade aos comandos originais do CDC para resguardar os direitos do consumidor quando atua no comércio eletrônico.

É o relatório.

Logo de início é importante frisar que o entendimento que consta do precedente citado pelo Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO - REsp n. 955.134/SC,

também de sua relatoria – não pode ser, data vênua, aplicado no caso dos autos.

Com efeito, o paradigma diz respeito à inversão de cláusula penal em determinado contrato de compra e venda de imóvel. A cláusula foi expressamente pactuada pelos contratantes, entretanto só favorecia um deles – o vendedor. A Quarta Turma entendeu por bem que, em face do princípio do equilíbrio contratual, a cláusula poderia ser invertida para também penalizar o vendedor em face dos transtornos causados pela sua mora.

Já o caso em exame decorre da pretensão do Ministério Público de impor a pactuação de multa moratória em desfavor da empresa ré, porque esta nunca é penalizada em razão da sua mora, enquanto o consumidor sempre responde com a incidência de cláusula penal quando atrasa o pagamento de suas prestações. Embora não haja, no contrato de adesão em tela, previsão contratual de multa que reverta à vendedora em caso de mora do consumidor, este arcará com multa em prol da instituição financeira responsável pela concessão do crédito, quando a compra for financiada. Trata-se, portanto, de situação diversa da apreciada pela Turma no precedente mencionado.

Como já relatado, a sentença havia julgado o pedido improcedente. Ao julgar a apelação do Ministério Público, o voto condutor do acórdão delimitou o âmbito de procedência do pedido, afirmando que não tem sentido impor a multa contratual nas compras realizadas nos estabelecimentos físicos da empresa ré (86,96%), porque a mercadoria é entregue à vista. Segue então argumentando que também as vendas por telefone (4,92%) não podem dar ensejo à multa postulada na ação civil pública, porque efetuadas apenas por pessoas jurídicas que, segundo o acórdão, não se caracterizam como consumidoras, de modo que sobram 7,12% das vendas, apenas as concretizadas na *internet*, as quais podem ser objeto da imposição da multa contratual (fl. 282 e-STJ). Ao justificar a procedência do pedido, considera o seguinte:

Ora, como bem asseverou o ilustre Promotor de Justiça por ocasião da réplica, *“irrelevante que a multa moratória devida pelo consumidor reverta em benefício da financeira. A ré fala do financiamento no caso de pagamento parcelado como se absolutamente nada tivesse com o negócio.*

Mas o financiamento do preço, ainda que realizado por instituição financeira, é (...) negócio conexo umbilicalmente ligado à venda da mercadoria. O financiamento é oferecido por ela própria, notadamente em seu sítio de Internet, como demonstram os documentos que acompanham a contestação” (fls. 119).

Logo, existindo a previsão de aplicação de multa moratória para o

consumidor, cabível também aplicar tal penalidade à fornecedora, sob pena de desigualdade e rompimento do equilíbrio contratual.

Notamos, então, que o fundamento para instituir a multa moratória em detrimento da empresa ré seria a aplicação do princípio do equilíbrio contratual. A empresa estaria estabelecendo a multa em seu sítio da *internet*, quando do financiamento do preço, ainda que indiretamente, por meio de instituição financeira, em “negócio conexo umbilicalmente ligado à venda da mercadoria”.

Postulou a recorrente, em embargos de declaração, fosse esclarecido que a multa deveria ser imposta apenas nas compras realizadas pela *internet*, como delimitado anteriormente, e nas modalidades onde é empregado o financiamento com auxílio de instituição financeira.

Os embargos de declaração foram rejeitados, mas penso que está claramente definido no acórdão que a multa foi imposta apenas nas compras realizadas pela internet. Por outro lado, não seria coerente que eventual atraso na entrega do produto vendido com o uso de cartão de crédito fosse sancionado com multa em prol do consumidor e idêntico benefício não fosse estendido ao consumidor que pagou à vista, por meio de transferência ou boleto bancário. A falta de nexos do único fundamento invocado pelo acórdão - inversão da multa prevista apenas contra o consumidor - quando, sequer em tese, tal multa poderia onerá-lo, nos casos de pagamento à vista em compra pela internet, guarda relação com o mérito da pretensão e será examinado adiante.

Afasto, portanto, a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC.

Passo ao exame do mérito do pedido inicial.

O acórdão estadual indica que a empresa recorrente estaria impondo ao consumidor o pagamento de multa moratória, e, em face do princípio do equilíbrio contratual, erigido no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor, necessária a imposição da mesma penalidade à empresa, quando houver atraso no envio da mercadoria e demora na restituição do valor adiantado nas vendas canceladas em face do exercício do direito de arrependimento.

Especificamente no que se refere à imposição da multa por parte da empresa, o acórdão é obscuro, apontando os documentos de fls. "94/105" (fls. 122/133 e-STJ) como indicativos dessa cobrança. Esses documentos, todavia, são apenas cópias impressas de várias telas da loja virtual da empresa, em que se encontram descritas várias formas de pagamento com suas especificações, sem se referirem uma única vez à cobrança de cláusula penal ou multa moratória.

Infere-se, portanto, que o acórdão estaria se referindo à forma de pagamento por meio de cartão de crédito. As outras modalidades dizem respeito a

pagamento à vista e faturado - este último, apesar da possibilidade de parcelamento, também não apresenta referência alguma à multa moratória, sendo, ademais, privativo de clientes pessoas jurídicas, aos quais negada a proteção do CDC pelo próprio acórdão recorrido.

Assim, **não é a empresa recorrente que está cobrando, diretamente, a multa moratória de seus clientes**; depreende-se da leitura do julgado estadual que **o simples fato de permitir a compra por meio de cartão de crédito autorizaria a imposição de cláusula penal à empresa ré**, como corolário do equilíbrio contratual. Se a compra é realizada por meio de cartão de crédito, e a parte pode ser penalizada pelo seu atraso no pagamento da fatura com a multa contratual, a empresa vendedora do bem também deveria ser penalizada nos casos em que incorrer em mora.

A manutenção desse raciocínio para justificar a imposição da pena à empresa, entretanto, enfrenta uma série de dificuldades.

Em primeiro lugar, a loja permite a utilização de diversas bandeiras de cartão de crédito. Em nenhum momento foi investigado se todas essas operadoras cobram a referida multa, e em que percentual. Assim, a imposição da multa ao consumidor quando do inadimplemento **não passa de uma suposição**, e o seu percentual, nos casos em que efetivamente cobrada, é incerto.

Em segundo lugar, o contrato de cartão de crédito não pode ser chamado de acessório ao pacto de compra e venda, a não ser no sentido mais lato do vocábulo, de servir como instrumento para a realização do negócio. Na verdade se trata de pactos autônomos, **com fornecedores de serviços diversos (compra e venda e financeiro) e cláusulas diferentes e incomunicáveis**.

De forma alguma, data maxima vênia, o contrato de cartão de crédito pode ser considerado "umbilicalmente" ligado ao contrato de compra e venda. O consumidor dispõe de diversos outros meios de pagamento, conforme acima explicitado, e, portanto, não depende apenas de determinado cartão para efetuar compras no *site* da recorrente, sendo, ademais, diversas as bandeiras de cartão aceitas como meio de pagamento.

No pacto entre o consumidor e a operadora de cartão não se pode cogitar de desequilíbrio contratual, uma vez que a cobrança de encargos moratórios é contrapartida contratual e legalmente prevista diante da mora do consumidor, que obteve o crédito de forma fácil e desembaraçada, sem prestar garantia adicional alguma além da promessa de pagar no prazo acertado.

Quebra de contrato pela administradora do cartão haveria se esta não se desincubisse da obrigação assumida com o consumidor de autorizar a compra e repassar o pagamento ao vendedor do produto. Mas disso não se cogita na

presente ação civil pública, a qual não se volta contra a administradora ou financeira do cartão de crédito.

Já no pacto de compra e venda, a empresa fornecedora recebe o preço (da operadora de cartão de crédito), e só depois de confirmado o pagamento, envia o produto ao consumidor. Não há risco de mora do consumidor em relação à fornecedora, e, por isso, logicamente, não há previsão de multa moratória. **Como justificar a imposição, pelo Judiciário, de uma cláusula penal à empresa, com base no princípio do equilíbrio contratual, se a multa moratória não é por ela cobrada, nem reverterá em seu proveito?**

A circunstância de que o consumidor se utiliza do cartão de crédito como facilitador para adquirir produtos em lojas virtuais, o que é de seu interesse e também da empresa vendedora, por aumentar a possibilidade de meios de pagamento e, portanto, de negócios, não implica a quebra da autonomia entre os contratos de cartão de crédito e o contrato de compra e venda. Assim, não se vislumbra que a imposição da multa contratual para empresa seja um corolário do princípio do equilíbrio contratual entre comprador e vendedor erigido no Código de Defesa do Consumidor.

Observo que a previsão de multa por atraso de entrega de mercadoria, com base na inversão de multa prevista no contrato de financiamento, acarretaria a incongruência, apontada pela recorrente em seus embargos de declaração na origem, de que tal multa somente poderia ser invertida quando prevista, ao menos em tese, ou seja, nas compras a prazo. Assim, o consumidor que comprasse com pagamento à vista, diante do atraso na entrega, não seria beneficiado com a multa, ao contrário do que ocorreria com o consumidor que optasse por parcelar o preço da mercadoria. O absurdo da conclusão demonstra o equívoco da premissa: a multa, acaso existente, diz respeito ao contrato entre o consumidor e financeira, em nada aproveitando ou prejudicando a vendedora, de modo que não há multa contratual a ser contra ela invertida, seja nas compras à vista, seja nas parceladas com o uso do cartão de crédito.

Por mais simpáticos que sejamos à idéia de que os fornecedores de serviços e produtos devam responder pelo atraso no cumprimento de suas obrigações, o fato é que o Código de Defesa do Consumidor não impôs a eles a multa contratual. O art. 49 do CDC dispõe que o fornecedor, nos casos em que o consumidor exercita o direito de arrependimento, deverá restituir imediatamente o valor pago, com atualização. A previsão da atualização monetária pode parecer contraditória se a restituição deve ser imediata; entretanto, denota que pode haver demora no reembolso ao consumidor – mas essa demora não prejudica o equilíbrio da relação de consumo a ponto de demandar a imposição, genérica e abstrata, por

lei, de cláusula penal.

Nos casos de atraso na devolução da mercadoria em hipótese de venda cancelada pelo consumidor no prazo de arrependimento, da mesma forma, o legislador preferiu não instituir regra específica de penalização do consumidor. A experiência indica que, não raro, esse atraso pode ser atribuído a circunstâncias que escapam da seara do fornecedor e do consumidor, como dificuldades encontradas por terceiros que realizam o transporte das mercadorias.

Em suma, o legislador não anteviu quebra no equilíbrio contratual nos casos de atraso na entrega de mercadoria ou restituição decorrente de arrependimento, ao menos não a ponto de lançar mão da imposição da multa contratual ao fornecedor, como norma geral e abstrata. Assim, dado que ao Poder Judiciário não é atribuída a tarefa de substituir o legislador, a “inversão” da cláusula deve partir do atendimento a dois pressupostos lógicos: a) que a cláusula penal tenha sido, efetivamente, celebrada no pacto; b) haja quebra do equilíbrio contratual, em afronta ao princípio consagrado no art. 4º, III, do CDC. Nenhum desses requisitos se faz presente, data maxima vênia, no caso sob exame.

Anoto que o estímulo ao cumprimento dos prazos para a entrega de mercadorias, e para devolução do pagamento em caso de desistência da compra, não depende da imposição, pelo Judiciário, de cláusula contratual padrão, não prevista em lei e nem pelos contratantes.

Em princípio, é razoável supor que o fornecedor cumpra tais obrigações, tendo como objetivo o seu bom nome comercial. As leis do mercado tendem a punir aqueles que prestam serviço deficiente, e, para tanto, os consumidores dispõem de variados canais na *internet* para tornar públicas suas reclamações e também elogios, o que pode ser mais eficaz do que a ingerência do Poder Judiciário na imposição prévia e abstrata de cláusulas contratuais, por mais bem intencionadas que sejam iniciativas do gênero.

Necessário ressaltar que o consumidor não está desamparado, e sempre pode recorrer ao Poder Judiciário quando, no caso concreto, o atraso na entrega da mercadoria, ou na restituição do preço da compra cancelada, for injustificado e ultrapassar os limites da razoabilidade.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido.

É como voto.