

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.117 - SP (2010/0110074-0)

RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : UNICARD BANCO MÚLTIPLO S/A E OUTRO
ADVOGADOS : WANESSA DE CÁSSIA FRANÇOLIN E OUTRO(S)
LUCIANO CORREA GOMES E OUTRO(S)
ADVOGADA : LIVIA BORGES FERRO FORTES ALVARENGA E OUTRO(S)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA: Pedi vista para examinar o sentido e o alcance do art. 39, III, do CDC, especialmente na hipótese de envio de cartão de crédito aos consumidores, sem prévia solicitação.

Na origem, a ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo foi julgada procedente, em primeiro grau, para condenar as empresas réis, locadora de vídeo e administradora de cartão de crédito, a se absterem de emitir, enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, cartões de crédito "*ou outro tipo de produto que infrinja o disposto nos arts. 6º, inc. IV e 39, III, ambos do Código de Defesa do Consumidor*", bem como a "*indenizarem os consumidores pelos danos morais e patrimoniais causados em razão do envio dos cartões de crédito, sem solicitação prévia*".

A sentença foi reformada ao entendimento de que o envio de cartão de crédito bloqueado, cujo uso depende de prévia autorização do consumidor, não constitui prática vedada pela legislação consumerista, pois não existiria contratação pelo simples envio de proposta.

Ao votar pelo provimento do recurso especial, o e. relator, Ministro Paulo Sanseverino, concluiu que deve ser "*reconhecida a abusividade da conduta da administradora com o simples envio do cartão de crédito, sem pedido pretérito e expresso do consumidor, pois tutela-se os interesses dos consumidores em geral no período pré-contratual, evitando a ocorrência de abuso de direito na atuação dos fornecedores no mercado de consumo com esse tipo de prática comercial, absolutamente contrária à boa-fé objetiva*".

Com a devida vênia, dirijo do i. relator por entender que a hipótese dos autos difere daquela a que se refere o precedente invocado, bem como daquela de que trata a doutrina citada. O envio de cartão bloqueado ao consumidor, que pode ou não solicitar o desbloqueio e aderir à opção de crédito, constitui proposta, e não oferta de produto ou serviço, esta sim vedada pelo art. 39, III, do CDC.

Como se lê no voto condutor do acórdão da apelação (e-STJ fl. 790), "*na hipótese,*

Superior Tribunal de Justiça

o cartão enviado apenas aos filiados da Blockbuster foi acompanhado de folheto explicativo em que dava a opção ao cliente de aderir à opção crédito, bastando que o próprio cliente solicitasse o desbloqueio do cartão".

Tal prática, prossegue o voto, "*não traz nenhum prejuízo ou dano patrimonial ao cliente, que recebendo o cartão tem a opção de: a) continuar com o seu antigo cartão; ou, b) aderindo à proposta do cartão de crédito, solicitar o seu desbloqueio ou não*". É que se trata de "*mera proposta de contrato, cuja adesão pode ou não ser formulada pelo consumidor, constituindo essa prática mera oferta de serviço sem qualquer dano ou prejuízo patrimonial*", ressaltando-se, ainda, que "*o cartão magnético é enviado ao consumidor bloqueado, o que não lhe causa nenhum prejuízo patrimonial ou dano moral, o que, aliás, atende a diversos termos de ajustamentos de conduta, conforme demonstram documentos coligidos pelas apelantes*".

O voto condutor do acórdão dos embargos infringentes (e-STJ fl. 851) também perfilha o entendimento de que "*não existe contratação pelo simples envio de proposta*". E continua:

"O que veda o CDC é que se considere contratado o serviço ou compra e venda como simples envio, obrigando o consumidor a 'cancelá-lo' caso não deseje contratar.

A hipótese telada é mais simples e não gera qualquer dano ao consumidor, que no máximo se ocupará de levar a proposta não aceita à lata de lixo, o que não pode ser considerado nem mesmo aborrecimento".

Como bem demonstrado pelo tribunal *a quo*, não há confundir a hipótese, como a dos autos, em que o cartão de crédito é enviado bloqueado ao consumidor, não gerando qualquer tipo de débito automático nem exigindo qualquer ato para cancelá-lo, com aquela na qual o envio do cartão de crédito, sem solicitação do consumidor, acaba por lhe gerar dano patrimonial, em razão, por exemplo, da cobrança indevida de anuidades, ou moral, em virtude do incômodo ocasionado pelas providências para cancelamento do cartão.

Na doutrina, Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves (*Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*, Rio de Janeiro, Editora Método, 2012, p. 358, acentuam, com lastro em dois precedentes do STJ, que o dever de reparar por parte da empresa emitente do cartão não solicitado surge se "*presentes danos advindos dessa conduta ilícita*", ou seja, somente quando da prática (envio sem prévia solicitação) emergirem prejuízos efetivos, e não meramente hipotéticos, ao consumidor.

É o que se depreende dos precedentes invocados. No primeiro (REsp nº 596.438-AM, rel. Min. Barros Monteiro), os danos morais decorreram de indevida inscrição na

Superior Tribunal de Justiça

SERASA, ao passo que, no segundo (REsp nº 1.061500-RS, rel. Min. Sidnei Beneti), o dano moral deflui de faturas cobrando anuidade do cartão e "*dos incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento do cartão*".

A propósito da jurisprudência do STJ, Nelson Nery Junior ("*Oferta contratual mediante anúncios publicitários*" in Nery, Soluções Práticas, vol. 3., p. 581 ss., set. 2010) observa que nas demandas "*nas quais o consumidor postula indenização por dano moral, à emissão e envio do cartão sem solicitação o tribunal exige como requisito adicional ao deferimento da pretensão indenizatória prejuízo, como utilização do cartão por terceiro*".

O envio em si do cartão não constitui ilícito, ou prática abusiva. Para que esta se materialize é necessário que tenha ocorrido algum tipo de dano ao consumidor.

E assim se dá, segundo o autor, porque o envio do cartão "*difere, e muito, do envio de produtos ou serviços que devam ser compreendidos, nos termos da lei, como amostras grátis. É ontologicamente diverso do envio de perfumes, de laticínios, de bens jurídicos. Insere-se na técnica empresarial de captação de vontades negociais. O cartão, em si, não é produto nem serviço, mas instrumento de realização de negócios jurídicos dentro do quadro negocial, se e quando este for formado. A confusão se dá porque se considera mesmo, na teoria da proteção do consumidor, o envio de mercadorias como uma categoria em muito relacionada à oferta de produtos e serviços por correspondência*".

O envio em si do cartão, acompanhado de folheto explicativo de seu bloqueio para uso, que só pode ser iniciado após ato de inequívoca volição do consumidor, constitui, assim, simples proposta. O contrato só será formado após o desbloqueio do cartão pelo consumidor.

Para Nery, "*a integração do negócio receptício, normalmente, é eventual, isto é, dependente de fatos ou eventos posteriores. No caso concreto, este evento é o ato de autonomia privada do consumidor, que, se praticado, integrará o suporte de fato (Tatbestand) do negócio jurídico e, portanto, formará o contrato. Este mecanismo consiste em uma hetero-integração da declaração negocial, no sentido de que é uma integração da declaração negocial por ato ou fato posterior, de outro sujeito de direitos. Não é a vontade do empresário que se impõe formando um contrato, mas vontade do consumidor que, se quiser, formará o negócio jurídico*".

É certamente louvável a preocupação do i. relator em tutelar os interesses dos consumidores já no período pré-contratual, para evitar a ocorrência de abuso de direito. Os deveres acessórios de consideração, consistentes nos deveres de proteção, informação e lealdade decorrem do princípio da boa-fé objetiva; sua violação, na fase que antecede a celebração do contrato, enseja responsabilidade extracontratual desde que demonstrado o abuso

Superior Tribunal de Justiça

de direito ou a *culpa in contrahendo* (cf. Rogério Donnini, Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 90-109 e 230-231).

No caso, entretanto, tais deveres não foram violados, pois os consumidores, como assentado soberanamente nas instâncias de origem, receberam ampla e adequada informação sobre a escolha de permanecer com o cartão apenas para a locação de filmes ou de usá-lo também como cartão de crédito caso quisessem, o que exigiria expressa manifestação de vontade. A prática não pode ser inquinada de abusiva, ainda, porque, como consignado pelo tribunal *a quo*, estava amparada em diversos termos de ajustamento de conduta, ou seja, era não apenas costumeira e habitual com também reconhecida pelo Ministério Público.

Em vista de todo o exposto, renovo o pedido de vênia ao eminente relator para votar pelo improvimento do recurso, mantendo-se a decisão de segundo grau.

É como voto.

