



A Inteligência Artificial treinada com os julgados comentados pelo Dizer o Direito

Conheça

(<https://buscadordizerodireito.com.br/redirect/iadod?url=sobre>)



EDIÇÃO N. 162: DIREITO DO CONSUMIDOR VI

Categoria: **Direito do Consumidor**

Jurisprudência em Teses do STJ

EDIÇÃO N. 162: DIREITO DO CONSUMIDOR VI

1) É suficiente para a aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28, § 5º, do CDC) a existência de obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

A desconsideração da personalidade jurídica não é prevista apenas no Código Civil. Existem outros importantes diplomas que tratam sobre o tema, como é o caso do CDC e da Lei Ambiental.

Ocorre que nem todas as leis trazem os mesmos requisitos para a desconsideração.

A partir daí surgiram dois grupos de legislações separadas a partir dos requisitos impostos para a desconsideração. Confira:

Teoria MAIOR

O Direito Civil brasileiro adotou, como regra geral, a chamada teoria maior da desconsideração. Isso porque o art. 50 exige que se prove o desvio de finalidade (teoria maior subjetiva) ou a confusão patrimonial (teoria maior objetiva).

Deve-se provar:

- 1) Abuso da personalidade (desvio de finalidade ou confusão patrimonial);
- 2) Que os administradores ou sócios da pessoa jurídica foram beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso (novo requisito trazido pela Lei nº 13.874/2019).

Adotada pelo art. 50 do CC.

Teoria MENOR

No Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, adotou-se a teoria menor da desconsideração. Isso porque, para que haja a desconsideração da personalidade jurídica nas relações jurídicas envolvendo consumo ou responsabilidade civil ambiental não se exige desvio de finalidade nem confusão patrimonial.

De acordo com a Teoria Menor, a incidência da desconsideração se justifica:

- a) pela comprovação da insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, somada à má administração da empresa (art. 28, caput, do CDC); ou
- b) pelo mero fato de a personalidade jurídica representar um obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores, nos termos do § 5º do art. 28 do CDC.

STJ. 3ª Turma. REsp 1735004/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 26/06/2018.

Prevista no art. 4º da Lei nº 9.605/98 (Lei Ambiental) e no art. 28, § 5º do CDC.

Dica para você não confundir: teoria maior porque exige um maior número de requisitos.

A tese apenas explicita a redação do § 5º do art. 28 do CDC:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

(...)

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

2) A desconsideração da personalidade jurídica de sociedade cooperativa, com fundamento no art. 28, § 5º, do CDC (teoria menor), não pode atingir o patrimônio pessoal de membros do Conselho Fiscal sem que haja a mínima presença de indícios de que estes contribuíram, ao menos culposamente, e com desvio de função, para a prática de atos de administração.

Imagine a seguinte situação hipotética:

Existem determinados empreendimentos habitacionais que são planejados, construídos e comercializados por sociedades cooperativas. Um exemplo famoso é o da Paulicoop, cooperativa criada com o objetivo de construir e vender imóveis (em geral, apartamentos).

João celebrou contrato com a Paulicoop para adquirir um apartamento.

O prazo máximo para entrega de sua unidade era o mês de julho de 2003.

Contudo, sua unidade nunca foi entregue, o que o levou a ajuizar ação de resolução cumulada com a devolução das quantias pagas.

Primeira dúvida: essa relação jurídica é regida pelo Código de Defesa do Consumidor? João pode ser considerado consumidor? A cooperativa habitacional pode ser classificada como fornecedora?

SIM. A cooperativa que promove um empreendimento habitacional assume posição jurídica equiparada a uma incorporadora imobiliária, estando sujeita, portanto, às disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Quando lança um plano habitacional, a cooperativa age como prestadora de serviços, e os seus cooperados (adquirentes) se equiparam a consumidores.

Os cooperados adquirem o imóvel como destinatários finais e são considerados vulneráveis, razão pela qual se enquadram no conceito de consumidores.

Existe um enunciado que espelha esse entendimento:

Súmula 602-STJ: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos empreendimentos habitacionais promovidos pelas sociedades cooperativas.

Voltando ao caso concreto:

O pedido foi julgado procedente condenando a Paulicoop a pagar R\$ 500 mil a João.

Houve o trânsito em julgado.

Iniciou-se a fase de cumprimento de sentença e, após não serem localizados bens penhoráveis da cooperativa, o juiz decretou a desconsideração de sua personalidade jurídica.

O magistrado determinou, então, a inclusão de Luis, Paulo e Rodrigo no polo passivo da execução em virtude de eles terem sido membros do conselho fiscal da cooperativa.

Os três recorreram contra a decisão afirmando que não poderiam ter sido incluídos no polo passivo da execução por não deterem qualquer poder de ingerência na administração da cooperativa.

Segunda dúvida: para se analisar se a decisão do juiz foi correta ou não, devemos examinar os requisitos da teoria maior ou da teoria menor de desconsideração da personalidade jurídica?

Os requisitos da teoria menor. Isso porque, conforme já explicado, estamos diante de uma relação de consumo. Logo, devemos analisar o art. 28, § 5º do CDC:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

(...)

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

A teoria menor tem aplicação restrita a situações excepcionais em que se mostra necessário proteger bens jurídicos de patente relevo social e inequívoco interesse público – como o Direito Ambiental e o Direito do Consumidor.

A teoria menor tratada no § 5º do art. 28 do CDC tem substrato na circunstância de que o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo consumidor que contratou com a pessoa jurídica, mas sim por seus sócios administradores, ainda que demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios administradores da pessoa jurídica.

Assim, “é possível, em linha de princípio, em se tratando de vínculo de índole consumerista, a utilização da chamada Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com [...] o fato de a personalidade jurídica representar um ‘obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos

consumidores’ (art. 28 e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor)” (Resp 1111153/RJ, Quarta Turma, DJe 04/02/2013).

Terceira dúvida: agiu corretamente o magistrado ao incluir os membros do conselho fiscal no polo passivo da execução?

NÃO.

O § 5º do art. 28 do CDC representa uma hipótese autônoma e independente de desconsideração, que não precisa cumprir os requisitos do caput do mesmo art. 28. Trata-se assim de uma hipótese que tem o objetivo de garantir uma ampla proteção aos consumidores já que basta que a personalidade jurídica esteja servindo como um “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

A despeito disso, mesmo em tal hipótese, a desconsideração somente pode atingir pessoas incumbidas da gestão da empresa.

Assim, a despeito de não se exigir prova de abuso ou fraude para fins de aplicação da Teoria Menor, tampouco de confusão patrimonial, o § 5º do art. 28 do CDC não dá margem para admitir a responsabilização pessoal de quem jamais atuou como gestor da empresa.

O art. 47 da Lei nº 5.764/1971, que instituiu o regime jurídico das sociedades cooperativas, preceitua que “(...) a sociedade será administrada por uma Diretoria ou Conselho de Administração, composto exclusivamente de associados eleitos pela Assembleia Geral”

Nesse mesmo diploma legal, foi dedicado um único artigo para definir as atribuições e a forma de composição do Conselho Fiscal, o que foi feito de maneira absolutamente genérica:

Art. 56. A administração da sociedade será fiscalizada, assídua e minuciosamente, por um Conselho Fiscal, constituído de 3 (três) membros efetivos e 3 (três) suplentes, todos associados eleitos anualmente pela Assembleia Geral, sendo permitida apenas a reeleição de 1/3 (um terço) dos seus componentes.

Os membros do Conselho Fiscal não administram, conforme explica Nilson Reis Júnior:

“A atuação do conselho fiscal e dos seus membros está sujeita a limites precisos. De um lado, é mero fiscal e não pode substituir os administradores da companhia no tocante à melhor forma de conduzir os negócios sociais. Não lhe compete apreciar a economicidade das decisões da diretoria ou conselho de administração nem interferir na conveniência dos negócios realizados. Sua tarefa limita-se aos aspectos da legalidade e regularidade dos atos de gestão. De outro lado, o conselho fiscal tem atuação interna, ou seja, os destinatários de seus atos são os órgãos sociais.” (Aspectos societários das cooperativas, Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 105)

A Lei das Sociedades Cooperativas equipara os componentes do Conselho Fiscal aos administradores das sociedades anônimas mas apenas para efeito de responsabilidade criminal (art. 53), não se aplicando o referido dispositivo, portanto, às relações de natureza civil.

Assim, desconsideração da personalidade jurídica, seja ela realizada com base na Teoria Maior ou na Teoria Menor, não pode ser decretada para admitir a responsabilização civil e pessoal de quem, além de não agir com culpa no desempenho de suas funções, não possui poder de gestão na cooperativa devedora nem dela seja controlador ou cooperado majoritário, até por se tratar de Sociedade Cooperativa que possui regimento distinto das Sociedades Limitadas e Anônimas.

Resumindo:

A desconsideração da personalidade jurídica, ainda que com fundamento na Teoria Menor, não pode atingir o patrimônio pessoal de membros do Conselho Fiscal sem que haja a mínima presença de indícios de que estes contribuíram, ao menos culposamente e com desvio de função, para a prática de atos de administração.

A despeito de não se exigir prova de abuso ou fraude para fins de aplicação da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, tampouco de confusão patrimonial, o § 5º do art. 28 do CDC não dá margem para admitir a responsabilização pessoal de quem jamais atuou como gestor da empresa.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.766.093-SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. Acd. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 12/11/2019 (Info 661).

3) Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos relativos a aplicações em fundos de investimento celebrados entre instituições financeiras e seus clientes.

A administração de fundos de investimento engloba um conjunto de serviços relacionados ao funcionamento e à manutenção do fundo, tais como a gestão da carteira, a consultoria de investimentos, a escrituração da emissão e do resgate de cotas, a custódia de ativos financeiros, entre outros.

O investidor ocupa a posição de destinatário final dos serviços prestados pelo administrador do fundo.

Assim, em regra, o administrador do fundo é fornecedor de serviços e o investidor ocupa a posição de consumidor, na forma dos arts. 2º e 3º do CDC.

Por óbvio, não se está a afirmar que todo e qualquer investidor é consumidor, porque há, no mercado de capitais, investidores profissionais que movimentam elevada soma de forma habitual e institucionalizada. Nestes casos, não há hipossuficiência e eles não são considerados consumidores.

4) É ilícito o investimento de risco realizado pela instituição financeira sem autorização expressa do correntista, nos termos dos arts. 6º, III, e 39, III e VI, ambos do Código de Defesa do Consumidor, sendo cabível a indenização por danos materiais e morais decorrentes da operação realizada.

Situação concreta: João mantinha conta corrente em determinado banco e, normalmente, aplicava a quantia ali depositada em investimentos de perfil conservador, como é o caso da CDB (Certificado de Depósito Bancário).

Determinado dia, ao consultar seu extrato bancário, João percebeu que o gerente do banco havia aplicado, sem a sua autorização expressa, R\$ 250 mil, que estavam em sua conta corrente, em um fundo de ações, investimento este destinado a clientes de perfil arrojado (agressivo), em razão do alto risco envolvido.

Diante disso, João ajuizou ação de indenização contra o banco.

No caso concreto, houve a prática de ato ilícito por parte do banco?

SIM. É ilícita a conduta da casa bancária que transfere, sem autorização expressa, recursos do correntista para modalidade de investimento incompatível com o perfil do investidor.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.326.592-GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 07/05/2019 (Info 653).

No caso concreto, a deficiência informacional do consumidor decorreu do fato de que ele não teve a oportunidade de autorizar, expressamente, que o banco fizesse a aplicação financeira no fundo de investimento que apresentava risco incompatível com o seu perfil conservador.

A proteção contra práticas abusivas, assim como o direito à informação, é direito básico do consumidor, cuja manifesta vulnerabilidade (técnica e informacional) impõe a defesa da qualidade do seu consentimento, bem como a vedação da ofensa ao equilíbrio contratual.

Houve, portanto, uma prática abusiva, conforme prevê o art. 39, III e VI, do CDC:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

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

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

(...)

Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

5) A instituição financeira responde por vício na qualidade do produto ao emitir comprovantes de suas operações por meio de papel termossensível (papel térmico).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Determinado Instituto de Defesa do Consumidor ajuizou ação civil pública contra o Banco Santander pedindo para que a instituição financeira fosse condenada a fornecer, gratuitamente, segunda via dos comprovantes dados em papel termossensível.

Papel termossensível (papel térmico)

O papel termossensível é aquele bem fininho, utilizado em impressoras térmicas, geralmente encontradas em caixas eletrônicos, aparelhos de fax, caixas registradoras ou máquinas de cartão de crédito.

Ele é utilizado porque a sua impressão é mais rápida e barata, já que não requer tinta.

O cabeçote da impressora esquentava e marcava em preto o formato das letras, contrastando com a cor do fundo branco ou amarelo do papel.

A desvantagem é que as informações ali escritas se apagam com extrema facilidade, em poucos meses.

Dessa forma, imagine que o consumidor pagou uma conta e recebeu o comprovante em papel termossensível. Ele guarda o documento em sua casa pensando que está seguro e, depois de um, dois anos, percebe que as informações que estavam ali registradas sumiram.

O STJ concordou com os argumentos do instituto de defesa do consumidor? O banco foi condenado?

SIM.

Responsabilidade pelo vício do serviço

Vício é a inadequação do produto ou serviço para os fins a que se destina.

O vício pode ser de duas subespécies: vício de qualidade ou de quantidade.

O art. 20 do CDC trata sobre os vícios de qualidade:

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

(...)

Serviço impróprio

São considerados serviços impróprios aqueles "que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade" (art. 20, § 2º).

Exemplos de vícios de qualidade do serviço

- instalação elétrica com curto-circuito;
- bloqueio injustificado do cartão de crédito;
- conta corrente bloqueada ou encerrada indevidamente;
- lançamento indevido na fatura do cartão de crédito;
- pintura de automóvel que ficou manchada;
- qualquer serviço de eletrônicos mal executado.

(RIZZATTO, Nunes. Curso de direito do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 297-298).

Utilização do papel termossensível representa vício de qualidade

A instituição financeira, ao emitir comprovantes de suas operações por meio de papel termossensível, incidiu em vício de qualidade e deve ser responsabilizada por isso.

O banco, ao escolher o papel térmico (mais barato e mais rápido), passou a ofertar o serviço de forma inadequada, emitindo comprovantes cuja durabilidade não atende às exigências e necessidades do consumidor, vulnerando o princípio da confiança.

Trata-se de incidência dos princípios gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato na compreensão da responsabilidade civil dos estabelecimentos comerciais, incumbindo ao fornecedor do serviço o dever de prestá-lo com a qualidade e a funcionalidade esperadas.

O consumidor tem a legítima expectativa de que, com o papel fornecido pelo banco ao final da transação, possa comprovar as operações realizadas.

Além disso, a "fragilidade" dos documentos emitidos em papel termossensível acaba por ampliar o desequilíbrio na relação de consumo, notadamente em razão da vulnerabilidade do consumidor, "afinal, a empresa fornecedora terá agora a seu favor, além da sua natural superioridade econômica, técnica e jurídica, também a dificuldade do consumidor de provar o seu direito - com um papel desbotado nas mãos..." (DESSAUNE, Marcos. Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: RT, 2011, p. 333).

Em resumo:

A instituição financeira responde por vício na qualidade do produto ao emitir comprovantes de suas operações por meio de papel termossensível.

STJ. 4ª Turma. REsp 1414774/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/05/2019 (Info 650).

6) É abusiva e ilegal cláusula prevista em contrato de prestação de serviços de cartão de crédito que autoriza o banco contratante a compartilhar dados dos consumidores com outras entidades financeiras ou mantenedoras de cadastros positivos e negativos de consumidores, sem que haja opção de discordar daquele compartilhamento, por desrespeitar os princípios da transparência e da confiança.

Imagine a seguinte situação hipotética:

Nos contratos de cartão de crédito que o banco "HSTT" celebra com seus clientes, há uma cláusula autorizando que a instituição financeira repasse os dados dos consumidores para outros bancos e para instituições mantenedoras de cadastros de créditos (SERASA, SPC etc).

Veja a redação da referida cláusula:

"O Titular desde já autoriza que as instituições do HSTT, no país ou no exterior, tenham acesso a todos os seus dados cadastrais e obtenham informações pessoais pertinentes a transações realizadas em qualquer delas, com a finalidade de agilizar e facilitar operações ativas, passivas e de prestação de serviços, nos mercados financeiros, de capitais, de câmbio, de seguros e de consumo e bem assim efetuem troca de informações a seu respeito com sistemas positivos e negativos de crédito externos, junto a entidades que procedam registros de informações e restrições de crédito."

ACP

Determinada associação de defesa do consumidor ingressou com ação civil pública contra o banco alegando que não existe, no contrato, possibilidade de o consumidor recusar esse compartilhamento.

Em outras palavras, a associação afirmou que essa cláusula poderia até existir, mas o consumidor deveria ter um campo no qual pudesse escolher SIM ou NÃO, ou seja, ele deveria ter a opção de autorizar ou não o compartilhamento das informações.

A tese da associação foi acolhida pelo STJ?

SIM. É abusiva e ilegal cláusula prevista em contrato de prestação de serviços de cartão de crédito que autoriza o banco contratante a compartilhar dados dos consumidores com outras entidades financeiras ou mantenedoras de cadastros positivos e negativos de consumidores, sem que seja dada opção de discordar daquele compartilhamento.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.348.532-SP; Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 10/10/2017 (Info 616).

A cláusula prevista em contrato de serviço de cartão de crédito que impõe a anuência com o compartilhamento de dados pessoais do consumidor é abusiva por deixar de atender a dois princípios importantes da relação de consumo: transparência e confiança.

Essa cláusula expõe indevidamente o consumidor, tornando-o ainda mais vulnerável, sem que haja a opção de ele negar essa exposição.

Com efeito, a partir da exposição de seus dados financeiros, abre-se possibilidade para intromissões diversas na vida do consumidor. Conhecem-se seus hábitos, monitoram-se a maneira de viver e a forma de efetuar despesas. Por isso, tal compartilhamento somente é possível se houver uma autorização real e espontânea por parte do cliente.

Considera-se essa cláusula abusiva também porque ela se mostra prescindível (dispensável) à execução do serviço contratado, qual seja obtenção de crédito por meio de cartão. Em outras palavras, o compartilhamento dos dados do cliente não tem relação com o serviço oferecido pelo banco. O banco não precisa fazer esse compartilhamento para poder oferecer o serviço de cartão de crédito.

Assim, deve-se assegurar ao tomador de crédito a prerrogativa de permitir ou não o compartilhamento de seus dados. Dessa forma, sem a autorização do cliente, nenhuma instituição financeira pode acessar seus dados no sistema.

Por fim, a Lei nº 12.414/2011 dispõe que o compartilhamento de informação de adimplemento só é permitido se autorizado expressamente pelo cadastrado, por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada.

7) A responsabilidade da instituição financeira deve ser afastada quando o evento danoso decorre de transações realizadas com a apresentação física do cartão original e mediante uso de senha pessoal do correntista.

A responsabilidade da instituição financeira deve ser afastada quando o evento danoso decorre de transações que, embora contestadas, são realizadas com a apresentação física do cartão original e mediante uso de senha pessoal do correntista.

O cartão magnético e a respectiva senha são de uso exclusivo do correntista, que deve tomar as devidas cautelas para impedir que terceiros tenham acesso a eles.

Se ficou demonstrado na perícia que as transações contestadas foram feitas com o cartão original e mediante uso de senha pessoal do correntista, passa a ser do consumidor a incumbência de comprovar que a instituição financeira agiu com negligência, imprudência ou imperícia ao efetivar a entrega de numerário a terceiros.

O cliente que permite que terceiro tenha acesso à senha do seu cartão não pode atribuir ao banco a responsabilidade pelos saques indevidos.

STJ. 3ª Turma. REsp 1633785/SP; Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 24/10/2017.

8) Nos contratos de locação de cofre particular, não se revela abusiva a cláusula limitativa de valores e de objetos a serem armazenados, sobre os quais recairá a obrigação de guarda e de proteção do banco locador.

O contrato bancário de locação de cofre particular é espécie contratual mista que conjuga características tanto de um contrato de depósito quanto de um contrato de locação, qualificando-se, ainda, pela verdadeira prestação dos serviços de segurança e guarda oferecidos pela instituição financeira locadora, ficando o banco locador responsável pela guarda e vigilância do recipiente locado, respondendo por sua integridade e inviolabilidade.

A prática de crimes por terceiros que importem no arrombamento do cofre locado (roubo/furto) constitui hipótese de fortuito interno, revelando grave defeito na prestação do serviço bancário contratado, provocando para a instituição financeira o dever de indenizar seus consumidores pelos prejuízos eventualmente suportados.

Não se revela abusiva a cláusula meramente limitativa do uso do cofre locado, ou seja, aquela que apenas delimita quais são os objetos passíveis de serem depositados em seu interior pelo locatário e que, consequentemente, estariam resguardados pelas obrigações (indiretas) de guarda e proteção atribuídas ao banco locador.

STJ. 3ª Turma. AgInt nos EDcl no AREsp 1206017/SP; Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 25/11/2019.

9) O banco não é responsável por fraude em compra on-line paga via boleto de produto não recebido, uma vez que a instituição financeira não pertence à cadeia de fornecimento nem apresentou falha em sua prestação de serviço.

Imagine a seguinte situação hipotética:

João queria comprar um celular e procurou os preços pela internet.

O celular mais barato que encontrou foi na loja virtual "Celulares.net".

Ele decidiu comprar e escolheu, como forma de pagamento, o boleto bancário.

Depois de imprimir, João pagou o boleto bancário, que era emitido pelo Banco Bradesco.

Passados meses da compra, João nunca recebeu o aparelho comprado.

Diante disso, ele ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais contra o Banco Bradesco alegando ter sido vítima de fraude em virtude da realização de compras em loja virtual sem a devida entrega do produto adquirido.

João alegou, na ação, que a instituição financeira possui responsabilidade objetiva e solidária junto com a "Celulares.net", uma vez que falhou em sua prestação de serviços ao não realizar a devida conferência e aceitar que uma empresa fraudulenta abrisse conta bancária e emitisse boletos de pagamento.

O pedido de João foi acolhido pelo STJ? A instituição bancária tem responsabilidade neste caso?

NÃO.

Responsabilidade objetiva dos bancos

Inicialmente, devemos lembrar que o Código de Defesa do Consumidor se aplica para os serviços bancários:

Súmula 297-STJ: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

Os serviços desempenhados pelos bancos, por suas características de disponibilidade de recursos financeiros e sua movimentação sucessiva, têm maior risco em comparação com outras atividades econômicas. Justamente por isso, a jurisprudência, em regra, impõe maiores exigências para as instituições financeiras.

Deve-se recordar, nesse sentido, a Súmula 479 do STJ:

Súmula 479-STJ: As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

Assim, as instituições financeiras são consideradas objetivamente responsáveis por danos decorrentes de sua atividade bancária. Por atividade bancária, devemos entender o conjunto de práticas, atos ou contratos executados por instituições bancárias.

Em complementação, a doutrina define como instituição bancária "a empresa que, com fundos próprios ou de terceiros, faz da negociação de créditos sua atividade principal, de onde se deduzem competições, dentro de suas prerrogativas profissionais, também o exercício das acessórias, que, não se contendo dentro das creditícias, atendem à finalidade de atrair o cliente para elas" (ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. São Paulo: Saraiva, 15ª ed., 2014).

Banco não pode ser considerado fornecedor neste caso

No caso concreto, o consumidor foi vítima de suposto estelionato, pois adquiriu um bem de consumo que nunca recebeu. Vale ressaltar, contudo, que o meio de pagamento escolhido não foi decisivo para ele não receber o bem. Em outras palavras, o consumidor também não iria receber o bem se tivesse pago com cartão de crédito ou transferência bancária.

Assim, o banco não pode ser considerado um "fornecedor" da relação de consumo que causou prejuízos ao consumidor, pois não se verifica qualquer falha na prestação de seu serviço bancário.

É certo que são múltiplas e variadas as formas e arranjos econômicos para a viabilização e promoção do consumo. Isto é, bancos podem se associar a redes varejistas ou estas podem constituir seus próprios bancos para facilitar a venda de seus produtos e serviços.

No caso concreto, contudo, não há como considerar o banco como pertencente à cadeia de fornecimento do produto que nunca foi entregue apenas por ter emitido o boleto utilizado para pagamento.

Não se pode considerar que houve falha do banco

Não se pode considerar esse suposto estelionato como uma falha no dever de segurança dos serviços bancários.

Se fôssemos considerar como falha, teríamos que dizer que todos os bancos operando no território nacional, incluindo operadoras de cartão de crédito, seriam solidariamente responsáveis pelos vícios, falhas e acidentes de produtos e serviços que forem adquiridos, utilizando-se um meio de pagamento disponibilizado por essas empresas, o que, definitivamente, não encontra guarida na legislação de defesa do consumidor.

Em suma:

Banco não é responsável por fraude em compra on-line paga via boleto quando não se verificar qualquer falha na prestação do serviço bancário.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.786.157-SP, Rel. Min. Nancy Andrigli, julgado em 03/09/2019 (Info 656).

10) A legislação consumerista impede a adoção prévia e compulsória da arbitragem no momento da celebração do contrato, mas não proíbe que, posteriormente, em face de eventual litígio, havendo consenso entre as partes, seja instaurado o procedimento arbitral.

A cláusula compromissória, também chamada de cláusula arbitral, é...

- uma cláusula prevista no contrato,
- de forma prévia e abstrata,
- por meio da qual as partes estipulam que
- qualquer conflito futuro relacionado àquele contrato
- será resolvido por arbitragem (e não pela via jurisdicional estatal).

É possível que um contrato de consumo contenha uma cláusula compromissória?

Não. O CDC estipula que é nula de pleno direito a cláusula que determina a utilização compulsória de arbitragem (art. 51, VII). Assim, em qualquer contrato de consumo, seja ele de adesão ou não, é nula a cláusula compromissória.

Qual é a razão para o legislador ter proibido a cláusula compromissória no contrato de consumo?

A Min. Nancy Andrigli explica que:

"O legislador, inspirado na proteção do hipossuficiente, reputou prejudicial a prévia imposição de convenção de arbitragem, por entender que, usualmente, no ato da contratação, o consumidor carece de informações suficientes para que possa optar, de maneira livre e consciente, pela adoção dessa forma de resolução de conflitos.

Via de regra, o consumidor não detém conhecimento técnico para, no ato de conclusão do negócio, avaliar as vantagens e desvantagens inerentes à futura e ocasional sujeição ao procedimento arbitral. Ainda que o contrato chame a atenção para o fato de que se está optando pela arbitragem, o consumidor, naquele momento, não possui os elementos necessários à realização de uma escolha informada" (REsp 1.169.841-RJ)

Vale ressaltar, no entanto, que o STJ admite o compromisso arbitral nas relações de consumo.

O compromisso arbitral é...

- um acordo (convenção) feito entre as partes
- após o conflito já ter surgido,
- por meio do qual se combina que a solução desta lide
- não será resolvida pelo Poder Judiciário,
- mas sim por intermédio da arbitragem.

No compromisso arbitral, as partes renunciam ao seu direito de buscar a atividade jurisdicional estatal e decidem se valer da arbitragem.

Diferença entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral:

Cláusula compromissória

É uma convenção de arbitragem em que as partes dizem que qualquer conflito futuro será resolvido por arbitragem.

É uma cláusula prévia e abstrata, que não se refere a um conflito específico.

Em regra, mesmo havendo a cláusula compromissória no contrato, as partes ainda precisarão de um compromisso arbitral para regular como a arbitragem será feita.

Exceção: Fredie Didier ressalta que não será necessário o compromisso arbitral se a cláusula compromissória for completa, ou seja, contiver todos os elementos para a instauração imediata da arbitragem (exs: quem serão os árbitros, o direito a ser aplicável, o tempo de duração etc.).

Compromisso arbitral

É uma convenção de arbitragem posterior ao conflito. O conflito surgiu e as partes decidem resolvê-lo por arbitragem.

É feito após o conflito ter surgido e se refere a um problema concreto, já instaurado.

Mesmo que não exista cláusula compromissória no contrato, as partes poderão decidir fazer um compromisso arbitral para resolver o conflito.

É válido que seja realizado compromisso arbitral para dirimir conflito existente em uma relação de consumo?

O art. 51, VII, do CDC limita-se a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral.

Em outras palavras, o que se veda é a cláusula compromissória nos contratos de consumo. No entanto, surgido o conflito entre consumidor e fornecedor, é possível que este seja resolvido mediante arbitragem, desde que, obviamente, as partes assim desejem.

STJ. 3ª Turma. REsp 1854483/GQ, Rel. Min. Nancy Andrigli, julgado em 08/09/2020.

11) É lícita a estipulação de cláusula de fidelização em contrato de serviços de telecomunicação, considerando-se os benefícios concedidos pelas operadoras aos assinantes, assim como a necessidade de garantir um retorno mínimo do investimento realizado pela empresa.

É muito comum o consumidor comprar um aparelho na loja de uma operadora de telefonia celular a preços mais baratos e, em contrapartida, ter que assinar um contrato de fidelidade de 12 meses. Esta cláusula de fidelização é abusiva ou válida?

Válida. A jurisprudência do STJ entende que a cláusula de fidelização em contrato de telefonia é legítima, na medida em que o assinante recebe benefícios e em face da necessidade de garantir um retorno mínimo em relação aos gastos realizados.

Sobre o tema, o Min. Marco Buzzi já pontuou:

“no caso do contrato de prestação de serviços de telefonia móvel, a vinculação do consumidor a um prazo mínimo é legítima sempre que este obtiver, durante a vigência desse período, vantagem pecuniária decorrente da cobrança de valores reduzidos (em comparação ao consumidor que contrata os mesmos serviços, sem, entretanto, vincular-se à cláusula de fidelidade)” (REsp 1097582/MS, DJe 08/04/2013).

Nesse sentido:

A cláusula de fidelização em contrato de serviços de telecomunicação (como o serviço de TV a cabo) revela-se lícita, tendo em vista os benefícios concedidos pelas operadoras aos assinantes que optam por tal pacto e a necessária estipulação de prazo mínimo para a recuperação do investimento realizado.

Precedentes.

A referida modalidade contratual tem previsão de cláusula penal (pagamento de multa) caso o consumidor opte pela rescisão antecipada e injustificada do contrato. Tem-se, assim, por escopo principal, o necessário ressarcimento dos investimentos financeiros realizados por uma das partes para a celebração ou execução do contrato (parágrafo único do artigo 473 do Código Civil). De outro lado, sobressai seu caráter coercitivo, objetivando constranger o devedor a cumprir o prazo estipulado no contrato e, consequentemente, viabilizar o retorno financeiro calculado com o pagamento das mensalidades a serem vertidas durante a continuidade da relação jurídica programada.

Nada obstante, em que pese ser elemento oriundo de convenção entre os contratantes, a fixação da cláusula penal não pode estar indistintamente ao alvedrio destes, já que o ordenamento jurídico prevê normas imperativas e cogentes, que possuem a finalidade de resguardar a parte mais fraca do contrato, como é o caso do artigo 412 do Código Civil (“O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.”).

A citada preocupação reverbera, com maior intensidade, em se tratando de contrato de adesão, como o de prestação de serviços de telecomunicações, o que motivou a ANATEL a expedir a Resolução 632/2014, a fim de regular a forma de cálculo da multa a ser cobrada em caso de rescisão antecipada dos contratos com fidelização.

5. O referido regulamento entrou em vigor em 07 de julho de 2014 e, a partir de então, as prestadoras de serviço de TV a cabo (assim como as demais prestadoras de serviços de telecomunicações) são obrigadas a oferecer contratos de permanência aos consumidores - vinculados aos contratos de prestação de serviços com cláusula de fidelização - e a calcular a multa fidelidade proporcionalmente ao valor do benefício concedido e ao período restante para o decurso do prazo mínimo estipulado.

Contudo, mesmo antes da vigência do citado normativo, revelava-se abusiva a prática comercial adotada pela prestadora do serviço de TV a cabo, que, até 2011, cobrava a multa fidelidade integral dos consumidores, independentemente do tempo faltante para o término da relação de fidelização. Isso porque a cobrança integral da multa, sem computar o prazo de carência parcialmente cumprido pelo consumidor, coloca o fornecedor em vantagem exagerada, caracterizando conduta iníqua, incompatível com a equidade, consoante disposto no § 1º e inciso IV do artigo 51 do código consumerista.

Assim, infere-se que o custo arcado pelo prestador do serviço é, efetivamente, recuperado a cada mês da manutenção do vínculo contratual com o tomador, não sendo razoável a cobrança da mesma multa àquele que incorre na quebra do pacto no início do prazo de carência e àquele que, no meio ou ao final, demonstra o seu desinteresse no serviço prestado.

STJ. 4ª Turma. REsp 1362084/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/05/2017.

12) O Código de Defesa do Consumidor não se aplica à relação jurídica instaurada entre postos de combustível e distribuidores, pois aqueles não se enquadram no conceito de consumidor final, estabelecido no art. 2º da referida lei.

A relação existente entre distribuidores e revendedores de combustíveis, em regra, não é de consumo, sendo indevida a aplicação de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, especialmente para admitir a postergação do pagamento de mercadorias.

STJ. 4ª Turma. REsp 782.852/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 07/04/2011.