



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2019.0000230127

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2015201-37.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CNOVA COMÉRCIO ELETRÔNICO S/A, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente sem voto), FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR E LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 28 de março de 2019.

Kioitsi Chicuta
RELATOR
ASSINATURA ELETRÔNICA



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA: São Paulo – 25ª Vara do Foro Central Cível – Juiz Guilherme Ferfaglia Gomes Dias

AGTE. : Cnova Comércio Eletrônico S/A

AGDO. : Ministério Público do Estado de São Paulo

VOTO Nº 39.933

EMENTA: *Compra e venda. Comércio eletrônico. Ação civil pública fundada em condutas abusivas imputadas a grupo empresarial e apuradas por órgãos de defesa do consumidor mediante reclamações dos lesados. Deferimento parcial da liminar para obrigar as empresas ao cumprimento das normas de troca e devolução dos produtos, assim como para determinar que se abstenham de oferecer e concluir venda em caso de insuficiência do produto no estoque ou de risco de descumprimento da oferta, sob pena de aplicação de multa. Decisão “ultra petita” não caracterizada. Manutenção da decisão que se mostra adequada em face do potencial dano coletivo, haja vista a dimensão do grupo empresarial e o volume de negócios concretizados diariamente. Atenção aos princípios da confiança e da boa-fé nas relações de consumo. Pressupostos e requisitos para concessão da tutela jurisdicional de urgência configurados (art. 300 do CPC/2015). Multa por eventual descumprimento corretamente aplicada. Pretensão à redução das astreintes. Razoabilidade do montante estimado e de fácil execução pela agravante, mesmo porque afirma que já atua dentro das normas consumeristas. Recurso desprovido.*

Para a concessão de tutela de urgência exige a norma processual a comprovação de elementos de informação que conduzam à plausibilidade de suas alegações (“fumus boni iuris”), assim como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação oriundo da demora na prestação jurisdicional (“periculum in mora”), além da reversibilidade dos efeitos da medida.

Há de ser preservado, no caso, o princípio da confiança, uma vez que as empresas que integram o grupo econômico agravante gozam de grande credibilidade no mercado, fato que leva o consumidor a depositar na relação contratual legítima expectativa de alcançar os fins que dela se espera. Assim, melhor será manter a liminar concedida a fim de proteger aqueles que, de boa-fé, efetuam compras junto aos sítios eletrônicos disponibilizados pelas comerciantes em questão e que depositam sua confiança no sucesso dos negócios com elas entabulados.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O valor da multa para cumprimento da obrigação de fazer não se revela, neste momento, excessivo, mesmo porque referente a comportamento abusivo imputado à própria ré, não se justificando a exclusão, redução e a limitação da penalidade, haja vista que o objetivo é que seja suficiente para compelir a ré a cumprir a obrigação, que não apresenta maiores dificuldades. Nada impede que esse montante, em fase posterior, seja reavaliado.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em ação civil pública interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra Cnova Comércio Eletrônico S.A., deferiu parcialmente a tutela de urgência para determinar à requerida o cumprimento de obrigação de fazer consistente em manter os “Termos de Uso e Políticas de Troca e Devolução” em seus sites, sem qualquer ônus ao consumidor, em prazos razoáveis, sob pena de multa no valor R\$ 10.000,00 por cada descumprimento. Determinou, também, que a ré se abstenha de oferecer e concluir a venda ao consumidor (no comércio eletrônico, com informação expressa do preço e do prazo de entrega) caso verificada a insuficiência do estoque ou o risco de impossibilidade de cumprimento da oferta (e do cumprimento da obrigação acessória, de substituir produtos avariados ou que tiveram a compra cancelada, por opção do consumidor), por quaisquer motivo, sob pena de imposição de multa, no valor de R\$ 100.000,00 por cada descumprimento, anotando, por fim, que os valores das multas eventualmente aplicadas deverão ser recolhidos ao Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, sem prejuízo da execução específica da mesma obrigação.

Diz a agravante que não estão presentes os requisitos para concessão da tutela de urgência, mesmo porque o agravado não demonstra a contemporânea existência de práticas abusivas, anotando que diversas medidas foram incorporadas à sua prática comercial e os requerimentos iniciais não guardam relação com a situação fática atual. Assevera que estão disponibilizadas em seu site todas as informações inerentes à entrega e troca de produtos, além do cancelamento de pedidos, denotando que a primeira obrigação determinada pela decisão judicial já é devidamente cumprida pela empresa. Aduz que o mesmo cuidado se verifica em



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

caso de indisponibilidade do produto em estoque, em que é concedida ao cliente a opção de reembolso do valor atualizado ou de usar o crédito para compra de outro similar. Alega que a ocorrência de problemas pontuais de tal natureza não constitui irregularidade ou violação à legislação se o fornecedor oferecer o devido atendimento (art. 35 do CDC). Afirma que a decisão é *ultra petita*, uma vez que a determinação de cumprimento de obrigação acessória de substituir produtos avariados ou que tiveram a compra cancelada por opção do consumidor, sob pena de multa de R\$ 100.000,00 não foi requerida pelo autor da ação. Assegura que é líder no mercado e possui um sistema eficiente de trocas de produtos, registrando alto índice de solução das reclamações apresentadas pelo PROCON/SP, tanto assim que o Inquérito Civil que investigava a ausência de produtos vendidos na Black Friday foi arquivado, sem considerar que as reclamações mais recentes envolvendo a Cnova se referem a novembro de 2017, ou seja, um ano antes do ajuizamento da ação. Acrescenta que não se encontra na lista de empresas não recomendadas pelo PROCON/SP. Anota que o objeto do Inquérito Civil nº 14.161.719/16 é diverso da presente ação civil pública, haja vista que a investigação diz respeito ao direito de arrependimento. No mais, discorre sobre a implementação de seus planos de melhorias, restando demonstrado o alto índice de resolução das reclamações apresentadas. Invoca a ausência de relação causal entre a suposta falha na administração e o objeto da ação civil pública. Anota que a suposta fraude a ela atribuída, consubstanciada no envio de produtos substitutos aos consumidores com o registro contábil de uma segunda venda, se contradiz com a imputação de ausência de envio de produtos, além de denotar o intuito do MP de vincular o suposto dano moral coletivo a um valor milionário de provisão contábil. Impugna, ademais, os documentos que fundamentaram o reconhecimento do *periculum in mora*, tecendo comentários detalhados acerca das providências adotadas em cada caso, alegando que inexistem indícios de potenciais danos à coletividade. Por fim, observa que a aplicação de multa no caso se revela desnecessária, uma vez que a prática comercial adotada está de acordo com a legislação consumerista, acrescentando que há multa contratual de 2% sobre o valor do produto para o caso de descumprimento de seus termos; de toda forma, os valores fixados mostram-se exorbitantes e desproporcionais aos valores das operações praticadas, indicando que em casos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

assemelhados a multa arbitrada para cada descumprimento não ultrapassa R\$ 1.000,00. Busca, destarte, o provimento do recurso.

Recurso processado apenas com efeito devolutivo, com parecer da d. Procuradoria de Justiça às fls. 3.466/3.472.

É o resumo do essencial.

De início, cumpre observar que, consoante já delineado na decisão lançada à fl. 3.463, “... *não se há falar em decisão ultra petita, uma vez que o julgador é investido de poder geral de cautela, cabendo a ele a garantia da efetividade processual por meio das medidas necessárias à coibição de abusos, ainda que a providência não tenha sido requerida expressamente pela parte, conforme dispõe o art. 297 do CPC*”, restando superada, portanto, a questão inerente à anulação da decisão recorrida.

Por outro lado, mostra-se despicienda a assertiva de que o Inquérito Civil que ampara a presente ação tem objeto diverso e não se presta a instruí-la. Primeiro porque o ajuizamento da ação civil pública não está condicionado à instauração prévia de procedimento investigatório. Consoante dispõe o art. 1º, par. único, da Resolução nº 23/2017 do CNMP, “*O inquérito civil não é condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do Ministério Público, nem para a realização das demais medidas de sua atribuição própria*”.

Não bastasse, ainda que a investigação administrativa tenha objeto diverso, havendo indícios de conduta lesiva às relações de consumo, como noticiado nos autos, cabe ao membro do *Parquet* a instauração da medida necessária à coibição de eventuais ilícitos, como decorrência lógica de sua função institucional, não cabendo, em tal hipótese, juízo de discricionariedade.

Seja como for, ao contrário do que afirma a recorrente, o Inquérito Civil nº 14.0161.0000719/2016-6 tem por objeto “Comércio eletrônico –



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Aquisição de produto – Cancelamento da compra – Não devolução do valor pago – violação ao artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor – Prática abusiva”, abrangendo, portanto, as questões aventadas no feito (fl. 41 dos autos principais).

No mais, o dinamismo da sociedade moderna não mais aceita a morosidade na solução de conflitos ou mesmo as incertezas na conclusão de negócios jurídicos em face dos milhares de pendências judiciais. O direito e o processo, consoante anota Kazuo Watanabe, *“devem ser aderentes à realidade, de sorte que as normas jurídico-materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando os mecanismos de segurança e de proteção que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no plano processual, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e justa ao mesmo compasso”*.

Nem sempre é possível a espera da sentença de mérito ou mesmo de seu trânsito em julgado, e a legislação processual permite, nos casos que especifica, as denominadas tutelas de urgência, e o quadro vigente até há pouco era restrito a algumas hipóteses (possessórias, mandado de segurança, nunciação de obra nova, ação civil pública, ação popular, expropriatória), permitindo, assim, em situações específicas, a concessão de liminar em processos de conhecimento, sem contar a cognição sumária cautelar. Mas, a falta de critérios objetivos assecuratórios, ao mesmo tempo, da efetivação antecipada da tutela invocada e das medidas de salvaguarda contra equívocos e exageros, quer do julgador, quer das próprias partes, é que levaram os estudiosos a propor naquilo que se conhece como o instituto da tutela antecipada.

No caso, cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o grupo Cnova Comércio Eletrônico S.A., fundada em representações formuladas por consumidores tendo por objeto a recusa das fornecedoras em substituir os produtos com vício, impossibilidade do exercício do direito de cancelamento da compra em face do vício



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do produto e entrega de produto diverso daquele adquirido, fatos corroborados por entidades de proteção ao consumidor. Aponta o autor que a ré foi responsável por mais da metade da integralidade das reclamações referentes ao segmento de comércio eletrônico durante o período apontado, com o menor índice de resolutividade das pendências, sem considerar a notícia de fraude na organização administrativa que teria causado lesão a milhares de consumidores. A liminar foi deferida em parte, nos termos já relatados, insurgindo-se a requerida, contudo, sem razão.

Com efeito, nada obstante os esclarecimentos prestados pela agravante acerca da implementação de sistemas de melhoria das práticas comerciais, assim como a respeito da solução da maioria das reclamações apresentadas, não há como afastar a medida aplicada diante do potencial lesivo caracterizado pelos elementos que instruem o feito, mormente se levada em conta a dimensão do grupo empresarial e o volume de negócios realizados diariamente.

Há que ser preservado, no caso, o princípio da confiança, uma vez que as empresas que integram o grupo econômico agravante gozam de grande credibilidade no mercado, fato que leva o consumidor a depositar na relação contratual legítima expectativa de alcançar os fins que dela se espera. Assim, melhor será manter a liminar concedida a fim de proteger aqueles que, de boa-fé, efetuam compras junto aos sítios eletrônicos disponibilizados pelas comerciantes em questão e que depositam sua confiança no sucesso dos negócios com elas entabulados.

Aliás, anotou a d. Procuradoria de Justiça que *“Ao oferecer a comercialização de produtos pela via eletrônica, o fornecedor tem por obrigação primeira respeitar o princípio da confiança que se estabelece entre ele e os consumidores em geral. Este princípio, muito caro ao Direito do Consumidor, deve ser considerado quando se analisam as responsabilidades decorrentes da relação de consumo, (...). Há um pressuposto no direito contratual no sentido de que a proposta vincula o proponente. E esta obrigação torna-se muito mais vinculante quando a venda se dá à distância. Tanto que o Código de Defesa do Consumidor*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prevê o direito de arrependimento sem que haja qualquer justificativa para tanto – em sete dias, o consumidor pode desfazer o negócio sem nada explicar (...). Se até mesmo este direito é assegurado ao consumidor, muito mais nas hipóteses descritas na ação civil pública, em que o contrato não se efetiva do modo como avençado, ele terá resguardada a proteção de seus interesses pelas normas consumeristas” (fls. 3.469/3.470).

Como bem observado pelo MM. Juiz *a quo*, “... não se questiona que a autora é uma das líderes de vendas no segmento em que atua (fato notório), e que a maior quantidade de vendas tende a aumentar também o número de reclamações. Contudo, ao se verificar o número de reclamações realizadas contra a requerida, e o número de reclamações realizadas contra as empresas concorrentes, possível verificar (em cognição sumária) uma deficiência, acima do esperado, no sistema de trocas e cancelamentos do produto – o que, ao que parece, se estende até data próxima ao ajuizamento da ação (fls. 162/176, fls. 284/289, fls. 758/462).

Quanto ao mais, é evidente que a existência de reclamações, por si, não justificaria a concessão da tutela. Contudo, respeitados os limites da cognição sumária, verifica-se a probabilidade relevante de que o acréscimo do número de reclamações decorra de más práticas da autora, quanto ao controle da atividade empresarial.

(...)

Ademais, caracterizada a urgência no pedido e perigo de dano, uma vez que, segundo consta nas reclamações, os consumidores estão sendo lesados ao efetuarem compras de produtos e não os receberem no prazo contratado ou, quando os recebem, os produtos apresentam vícios e não são os consumidores reembolsados pelas compras realizadas. E, ainda que constatado o início da (alegada) falha há algum tempo (2015), é certo que o indeferimento do pedido poderia contribuir para o agravamento do dano coletivo, a evidenciar a premência



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

da medida” (fls. 72/73).

A concessão da tutela de urgência, consoante dicção do artigo 300, do CPC/2015, exige a presença de “... *elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*”, observando-se que a medida “*não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão*” (§ 3º).

Assim, exige a norma processual, daquele que pretende ser beneficiado com a tutela de urgência, a comprovação de elementos de informação que conduzam à plausibilidade de suas alegações (*fumus boni iuris*), assim como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação oriundo da demora na prestação jurisdicional (*periculum in mora*), além da reversibilidade dos efeitos da medida.

No caso, a medida mostrou-se adequada e em conformidade com o exercício do poder geral de cautela diante da potencial lesividade aos consumidores, observando-se que a efetividade do alegado cumprimento das obrigações impostas ao grupo fornecedor será analisado por ocasião da apreciação do mérito.

De outra parte, a fixação de multa para o caso de inadimplemento é plenamente cabível, visando o cumprimento da ordem judicial e buscando dar efetividade ao comando. Ou seja, a pena tem por objetivo coagir a ré a cumprir a obrigação específica e, como tal, tem o juiz poder discricionário para aumentá-la ou diminuí-la, conforme seu prudente critério.

Sua fixação deve ser em valor suficiente para inibir eventual recalcitrância do destinatário da ordem, sem, contudo, permitir, enriquecimento sem causa da parte a quem favorece. No caso, os valores das multas fixadas mostram-se razoáveis, levando em conta a atividade em discussão, bem como o porte econômico do grupo empresarial agravante e, principalmente, o potencial lesivo decorrente das condutas imputadas às suas integrantes pelos órgãos de defesa do consumidor.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A propósito, confira-se a lição de Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery: “2. *Imposição da multa. Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das 'astreintes', especificamente, não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obriga-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz*” (in Código de processo civil comentado, 16ª ed., RT, nota 2 ao art. 537, *caput*, p. 1.454).

Ademais, a multa só incidirá em caso de descumprimento por parte da ora agravante, salientando que ela mesma noticia observância das normas consumeristas, podendo, portanto, atender perfeitamente ao comando judicial sem maiores dificuldades. Também não se caracteriza enriquecimento sem causa sua fixação, porquanto poderá o Juiz, no decorrer do procedimento, diante de novos elementos concretos, alterar os termos da fixação.

Assim, demonstrados os requisitos exigidos pelo Código de Processo Civil para concessão da medida de urgência, resta mantida a decisão hostilizada, inclusive no tocante à fixação da penalidade por eventual descumprimento, não havendo razoabilidade na pretensão.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

KIOITSI CHICUTA

Relator