

RECURSO ESPECIAL Nº 1.872.048 - RS (2019/0301210-9)
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : GIOVANA DOMINGUES PEREIRA
ADVOGADO : MAURI JOSÉ GRIEBLER - RS030372
RECORRIDO : B2W COMPANHIA DIGITAL
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de recurso especial interposto por GIOVANA DOMINGUES PEREIRA, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional.

Ação: de obrigação de fazer, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pela recorrente em face de B2W COMPANHIA DIGITAL, em razão do descumprimento da entrega de mercadoria adquirida pela *internet*, fundada na alegação de ausência de estoque do produto.

Decisão agravada: indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela ao fundamento de que, como o equipamento se encontra indisponível no estoque da recorrida, o pedido de antecipação da tutela para entrega do bem contratado é inviável, motivo pelo qual determinou que a recorrente adequasse os pedidos da ação para a substituição do produto por outro da mesma espécie, nos termos do art. 18 do CDC.

Acórdão: deu parcial provimento ao agravo de instrumento interposto pela recorrente apenas para determinar que a adequação do pedido fosse baseada nas hipóteses do art. 35, II e III, do CDC.

Recurso especial: alega a violação do art. 35, I, do CDC.

Sustenta, essencialmente, que, pelo princípio da vinculação à oferta, o fornecedor de produtos e serviços deve cumprir com a obrigação nos exatos termos em que oferecida ao consumidor, não sendo excepcionado esse dever pela

Superior Tribunal de Justiça

ausência de produto em estoque.

Requer, ao final, lhe seja garantida a possibilidade de exigir do fornecedor o cumprimento forçado da obrigação, como previsto no art. 35, I, do CDC.

É O RELATÓRIO.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.872.048 - RS (2019/0301210-9)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : GIOVANA DOMINGUES PEREIRA

ADVOGADO : MAURI JOSÉ GRIEBLER - RS030372

RECORRIDO : B2W COMPANHIA DIGITAL

ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. COMÉRCIO ELETRÔNICO. COMPRA E VENDA DE MERCADORIA PELA INTERNET. RECURSA AO CUMPRIMENTO DA OFERTA. ART. 35 DO CDC. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. AUSÊNCIA DE PRODUTO EM ESTOQUE. CUMPRIMENTO FORÇADO DA OBRIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO.

1. Cuida-se de ação de obrigação de fazer, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada em razão do descumprimento da entrega de mercadoria adquirida pela *internet*, fundada na alegação de ausência de estoque do produto.

2. Recurso especial interposto em: 05/08/2019; conclusos ao gabinete em: 02/03/2020; aplicação do CPC/15.

3. O propósito recursal consiste em determinar se, diante da vinculação do fornecedor à oferta, a alegação de ausência de produto em estoque é suficiente para inviabilizar o pedido do consumidor pelo cumprimento forçado da obrigação, previsto no art. 35, I, do CDC.

4. No direito contratual clássico, firmado entre pessoas que se presumem em igualdades de condições, a proposta é uma firme manifestação de vontade, que pode ser dirigida a uma pessoa específica ou ao público em geral, que somente vincula o proponente na presença da firmeza da intenção de concreta de contratar e da precisão do conteúdo do futuro contrato, configurando, caso contrário, mero convite à contratação.

5. Como os processos de publicidade e de oferta ao público possuem importância decisiva no escoamento da produção em um mercado de consumo em massa, conforme dispõe o art. 30 do CDC, a informação no contida na própria oferta é essencial à validade do conteúdo da formação da manifestação de vontade do consumidor e configura proposta, integrando efetiva e atualmente o contrato posteriormente celebrado com o fornecedor.

6. Como se infere do art. 35 do CDC, a recusa à oferta oferece ao consumidor a prerrogativa de optar, alternativamente e a sua livre escolha, pelo cumprimento forçado da obrigação, aceitar outro produto, ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, somada a perdas e danos.

7. O CDC consagrou expressamente, em seus arts. 48 e 84, o princípio da preservação dos negócios jurídicos, segundo o qual se pode determinar

qualquer providência a fim de que seja assegurado o resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação de fazer, razão pela qual a solução de extinção do contrato e sua conversão em perdas e danos é a *ultima ratio*, o último caminho a ser percorrido.

8. As opções do art. 35 do CDC são intercambiáveis e produzem, para o consumidor, efeitos práticos equivalentes ao adimplemento, pois guardam relação com a satisfação da intenção validamente manifestada ao aderir à oferta do fornecedor, por meio da previsão de resultados práticos equivalentes ao adimplemento da obrigação de fazer ofertada ao público.

9. A impossibilidade do cumprimento da obrigação de entregar coisa, no contrato de compra e venda, que é consensual, deve ser restringida exclusivamente à inexistência absoluta do produto, na hipótese em que não há estoque e não haverá mais, pois aquela espécie, marca e modelo não é mais fabricada.

10. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido impôs à recorrente a adequação de seu pedido às hipóteses dos incisos II e III do art. 35 do CDC, por considerar que a falta do produto no estoque do fornecedor impediria o cumprimento específico da obrigação.

11. Recurso especial provido.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.872.048 - RS (2019/0301210-9)
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : GIOVANA DOMINGUES PEREIRA
ADVOGADO : MAURI JOSÉ GRIEBLER - RS030372
RECORRIDO : B2W COMPANHIA DIGITAL
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

O propósito recursal consiste em determinar se, diante da vinculação do fornecedor à oferta, a alegação de ausência de produto em estoque é suficiente para inviabilizar o pedido do consumidor pelo cumprimento forçado da obrigação, previsto no art. 35, I, do CDC.

Recurso especial interposto em: 05/08/2019;

Conclusos ao gabinete em: 02/03/2020;

Aplicação do CPC/15.

1. DA OFERTA NO DIREITO CIVIL E NO DIREITO DO CONSUMIDOR

O contrato é fonte de obrigações porque, pelo princípio de sua força vinculante (*pacta sunt servanda*), as partes que assumem obrigação contratual devem honrar com a manifestação de vontade proferida e se conduzirem pelo modo pelo qual se comprometeram.

De acordo com a disciplina geral do direito contratual, o contrato consensual se torna perfeito e acabado quando vontades coincidentes de duas ou mais partes se encontram, sendo caracterizado, assim, o acordo de vontades.

A declaração inicial, que visa suscitar o contrato, é denominada

proposta ou oferta, e a coincidente, que vai ao seu encontro, assume o nome de aceitação.

No direito contratual clássico, firmado entre pessoas que se presumem em igualdades de condições, a proposta é uma firme manifestação de vontade, que pode ser dirigida a uma pessoa específica ou ao público em geral.

Conforme pontua ORLANDO GOMES, "*exige-se que [a proposta] seja inequívoca, precisa e completa, isto é, determinada de tal sorte que, em virtude da aceitação, se possa obter o acordo sobre a totalidade do contrato*", de modo que, em contraste, "*não têm [...] caráter de proposta as comunicações nas quais o declarante se mostra propenso apenas a realizar contratos, querendo simples aproximação*" (Contratos, 26^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 73).

Assim, "*na sua configuração original, com variações mínimas de sistema a sistema, exige-se que a oferta seja precisa (= autossuficiente, vale dizer, completa e inequívoca, sem vagueza ou incongruências, trazendo as cláusulas essenciais do contrato, pelo menos as relativas ao preço e à coisa), dirigida a seu destinatário (= declarada e, em alguns sistemas, como o argentino, com destinatário certo ou determinado) e firme (= séria, mesmo que com reservas, mas carreando, de qualquer maneira, a intenção inequívoca de obrigar-se)*" (BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Oferta e publicidade. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos (et. al.) Manual de direito do consumidor. 4^a.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 225).

Desse modo, à luz do direito contratual clássico, somente se presentes os requisitos necessários é que a proposta obriga o proponente, enquanto correr o prazo para resposta, pois, na ausência da firmeza da intenção de concreta de contratar e da precisão do conteúdo do futuro contrato, configurar-se-ia um mero convite à contratação, que não vincula o proponente,

nem se insere na disciplina contratual propriamente dita.

1.1. DA OFERTA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Antes do desenvolvimento do direito consumerista e do CDC, à publicidade negava-se o caráter de oferta e, por conseguinte, a possibilidade de vinculação contratual, sendo a oferta de consumo sempre apontada como puro (e contratualmente inofensivo e irrelevante) "convite a contratar".

Como, no entanto, os processos de publicidade e de oferta ao público possuem importância decisiva no escoamento da produção em um mercado de consumo em massa, ocorreu uma modificação significativa no enfrentamento da noção e da relevância desses institutos, que hoje integram a própria disciplina contratual, vinculando o fornecedor.

Assim, conforme dispõe o art. 30 do CDC, a informação no contida na própria oferta é essencial à validade do conteúdo da formação da manifestação de vontade do consumidor e configura proposta, integrando efetiva e atualmente o contrato posteriormente celebrado com o fornecedor.

Por força desse dispositivo, na acepção consumerista, oferta é, com sentido vinculante, qualquer informação ou publicidade dirigida pelo fornecedor de produtos ou serviços ao mercado de consumo, pois *"é juridicamente irrelevante qualquer atuação posterior do policitante [...] no sentido de limitar, reorganizar ou extinguir os resultados vinculantes do seu discurso, eficazes a partir do momento em que se deu a exteriorização (rectius, "exposição", consoante o art. 29 do CDC)",* já que *"a oferta publicitária é irretroatável"* (BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Op. cit., p. 234, sem desta).

A oferta dirigida ao mercado de consumo vincula, portanto o

fornecedor de produtos e serviços e todos aqueles que se beneficiem da oferta, cabendo, assim, ao consumidor, em caso de recusa, à sua escolha, na forma do art. 35 do CDC: *a)* exigir o cumprimento forçado da obrigação; *b)* aceitar um outro bem de consumo equivalente; *c)* rescindir o contrato já firmado, cabendo-lhe, ainda, a restituição do que já pagou, monetariamente atualizado, e perdas e danos (inclusive danos morais).

2. DA RECUSA À OFERTA E DAS OPÇÕES DO CONSUMIDOR

Como se infere do art. 35 do CDC, a oferta veiculada obriga o fornecedor do serviço ao seu cumprimento, sob pena do consumidor optar, alternativamente e a sua livre escolha, pelo cumprimento forçado da obrigação, aceitar outro produto, ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, somada a perdas e danos.

Realmente, a escolha cabe livremente ao consumidor, não sendo imposta, em qualquer momento, a preferência por qualquer das opções, sobretudo pela resolução do contrato por inadimplemento e a sua conversão em perdas e danos.

Trata-se, com efeito, segundo ressalta a doutrina, de alternativas disposta à livre escolha do consumidor, porquanto "*a opção por qualquer das hipóteses previstas é feita sem que o consumidor tenha de apresentar qualquer justificativa ou fundamento*", pois "*é um querer pelo simples querer manifestado*" (NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 12^a ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, livro digital).

2.1. DO CUMPRIMENTO FORÇADO DA OBRIGAÇÃO (ART. 35, I, DO CDC) E DA EQUIVALÊNCIA ENTRE AS ALTERNATIVAS À DISPOSIÇÃO

DO CONSUMIDOR

Há no CDC, no entanto, uma nítida prevalência ao cumprimento específico da obrigação, sobretudo quando se trata da recusa à oferta, tendo o código buscado garantir ao consumidor os meios de efetivação das opções previstas no art. 35 do CDC.

Realmente, quanto ao ponto, a doutrina ressalta que, diante da previsão dos arts. 48 e 84 do CDC, "*aqui se afastando do CC - que concede, como remédio, no caso de inadimplemento da policitação, a resolução em perdas e danos -, o CDC orienta-se pela regra da execução específica, 'pela qual o que se busca é o efetivo cumprimento dos termos da oferta'*" (BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos (et. al.). Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 301, sem destaque no original).

Com efeito, o CDC consagrou expressamente o princípio da preservação dos negócios jurídicos, segundo o qual "*o juiz poderá determinar qualquer providência que o caso mereça, a fim de que seja assegurado o resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação de fazer*", pois "*não quer o Código a resolução em perdas e danos*", razão pela qual "*a solução de extinção do contrato [é] a ultima ratio, o último caminho a ser percorrido*" (TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor. Vol. único, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016, livro digital, sem destaque no original).

Assim, por força da prevalência da preservação dos negócios jurídicos, a doutrina identifica duas formas de realização do princípio da vinculação do fornecedor à oferta: a) "*se o fornecedor deixar de cumprir a oferta ou publicidade, ou, ainda, se não tiver condições de cumprir o que*

prometeu, o consumidor poderá escolher entre o cumprimento forçado da obrigação e a aceitação de outro bem de consumo"; e b), " se o contrato já tiver sido concluído, deixando, contudo de mencionar algum elemento previsto na oferta ou publicidade, é lícito ao consumidor exigir a sua rescisão, com restituição da quantia paga, mais perdas e danos" (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos (et. al.). Op. Cit., p. 301, sem destaque no original).

2.2. DA EQUIVALÊNCIA ENTRE AS OPÇÕES COLOCADAS À DISPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR

As opções do art. 35 do CDC são intercambiáveis e produzem, para o consumidor, efeitos práticos equivalentes ao adimplemento.

Com efeito, no inciso I do citado art. 35, o CDC dá ao consumidor a prerrogativa de exigir o cumprimento da oferta. Se houver recusa, pode-se, por força do art. 84, impor ao fornecedor o cumprimento da obrigação de fazer, concedendo tutela específica que assegure o adimplemento.

Na hipótese do inciso II do art. 35, "*o fornecedor se recusa ao cumprimento da oferta, mas oferece outro produto ou serviço no lugar do ofertado*", hipótese na qual, "*o consumidor pode aceitar outro produto ou serviço equivalente*" (NUNES, Rizzatto. Op. cit. Livro digital, sem destaque no original).

Nessa situação, portanto, em complemento à previsão do inciso I, que garante o direito do consumidor de exigir o cumprimento da oferta, prevê-se a possibilidade, no inciso II, de aceitar uma proposta alternativa formulada pelo fornecedor, se acaso considerar que é satisfatória à pretensão manifestada quando da celebração do contrato, e ao seu exclusivo juízo.

Por fim, o inciso III do art. 35 permite ao consumidor optar pela

rescisão do contrato somada às perdas e danos.

Essas perdas e danos equivalem, no mercado de consumo de massa, ao prejuízo gerado pela não entrega da prestação (produto ou serviço), circunstâncias nas quais, existindo o produto em produção e à venda por outro revendedor, o consumidor "*adquire o [produto ou serviço] no concorrente e pede como indenização o valor correspondente à diferença [...] que foi oferecida, mas não cumprida*" (NUNES, Rizzatto. Op. cit. Livro digital, sem destaque no original).

Como se vê, todas as opções previstas no art. 35 do CDC guardam relação com a satisfação da intenção validamente manifestada pelo consumidor ao aderir à oferta do fornecedor, por meio da previsão de resultados práticos equivalentes ao adimplemento da obrigação de fazer ofertada ao público.

3. DA COMPRA E VENDA DE PRODUTO AUSENTE NO ESTOQUE DO FORNECEDOR

Como forma de ressaltar a equivalência entre as opções postas à disposição da vontade livre do consumidor, deve-se ressaltar que, em relação ao objeto da contratação, a doutrina ressalta que o contrato é fonte de obrigações, razão pela qual seus efeitos são relativos, limitados às prestações que foram estipuladas pelas partes.

Quanto ao objeto do contrato de compra e venda, portanto, ORLANDO GOMES ressalta que nossa legislação não atribui ao citado contrato eficácia real, mas somente pessoal, de forma que, na compra e venda, a prestação é de entregar coisa; o conteúdo do contrato é, por conseguinte, a obrigação de dar, consistindo a transferência da propriedade uma consequência, na hipótese de bens móveis, de um fato posterior, da tradição.

Com efeito:

Em relação ao objeto, o efeito fundamental do contrato é criar obrigações. Uma vez perfeito e acabado, as partes ficam adstritas ao cumprimento das obrigações contraídas. A relação jurídica estabelecida é de natureza pessoal, surgindo para o contratante a pretensão de exigir do outro as prestações prometidas. As obrigações nascidas do contrato são de dar, fazer, ou não fazer, e, portanto, as prestações são de coisas ou de fatos, mas, embora a obrigação contratual tenha como objeto a entrega de determinado bem, permanece o efeito pessoal do contrato consistente apenas no direito do credor a exigir do devedor que faça a entrega e, no caso de recusa, que pague perdas e danos. O contrato não produz, assim, efeitos reais, isto é, translativos da propriedade e dos jura in re aliena. No de compra e venda, por exemplo, obriga-se o vendedor a transferir o domínio de certa coisa, mas não o transmite por efeito do contrato, visto que, entre nós, a propriedade se transfere somente por um modo de aquisição. O contrato serve apenas de *titulus adquirendi*. (GOMES, Orlando. Contratos. p. 200, sem destaque no original).

Nesse sentido, é preciso, portanto, observar que a compra e venda é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa à outra, recebendo, em contraprestação, determinada soma de dinheiro ou valor fiduciário equivalente.

Dessa forma, em nosso ordenamento, a compra e venda possui efeitos exclusivamente obrigacionais e, por isso, o referido contrato é classificado como simplesmente consensual, haja vista bastar o acordo de vontades sobre a coisa e o preço para se tomar perfeita e acabada, independentemente da entrega da coisa para sua perfeição.

Nessa linha, embora, segundo a doutrina, "*a inexistência do objeto implique*], *em tese, obstaculizar a formação do contrato, já que este forçosamente há de ter sobre que incidir*", de forma que a "*venda de coisa inexistente [seria] nula*". (PEREIRA, Caio Mário. Instituições de Direito Civil, Vol. III, Contratos, 21ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 77), a citada inexistência da coisa do objeto da

prestação, na compra e venda, deve, contudo, ser entendida como a sua inexistência absoluta, dificilmente verificável no mercado de consumo e de produção em massa.

Por essa razão, a única hipótese que autorizaria a exclusão da opção pelo cumprimento forçado da obrigação seria aquela na qual "*não há estoque e não haverá mais, pois aquela espécie, marca e modelo não é mais fabricada*" (NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 12^a ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, livro digital, sem destaque no original).

Assim, a possibilidade ou não do cumprimento da escolha formulada livremente pelo consumidor deve ser aferida à luz da boa-fé objetiva, de forma que, sendo possível ao fornecedor cumprir com a obrigação, entregando ao consumidor o produto anunciado, ainda que obtendo-o por outros meios, como o adquirindo de outros revendedores, não há razão para se eliminar a opção pelo cumprimento forçado da obrigação.

4. DA HIPÓTESE CONCRETA

Na hipótese concreta, o Tribunal de origem reformou parcialmente a decisão do primeiro grau de jurisdição para impor à consumidora recorrente o ônus de adequar seu pedido às hipóteses dos arts. 35, II ou III, do CDC.

Consignou, a respeito do tema, que "*a ausência do produto no estoque da demandada inviabiliza a obrigação de entrega, ou seja, inviabiliza o cumprimento forçado da obrigação*" porquanto "*mostra-se impossível, a princípio, o pedido de entrega de produto não existente no estoque*" (e-STJ, fls. 79-80).

Ao assim decidir, o Tribunal de origem afastou-se das disposições consumeristas a respeito do tema.

Com efeito, como demonstrado, a oferta vincula o fornecedor de

produtos, que, por meio dessa manifestação, se obriga a entregar o produto ou serviço nas condições específicas em que a ofereceu ao mercado de consumo.

Caso recusado o cumprimento da oferta, o art. 35 do CDC prevê opções cuja escolha cabe exclusiva e livremente ao consumidor, que deve aferir, segundo seus interesses, qual a forma que será obtido o resultado equivalente ao adimplemento, não havendo, assim, como se impor ao consumidor a eleição de uma alternativa específica.

Ressalte-se, ademais, que o mero fato de o fornecedor do produto não o possuir em estoque no momento da contratação não é condição suficiente para eximi-lo do cumprimento forçado da obrigação, haja vista que essa circunstância, por si mesma, não evidencia que o produto não mais estaria disponível no mercado e que, portanto, o adimplemento da obrigação de fazer de entregá-lo ao consumidor seria impossível.

Dessa forma, merece reforma, no ponto, o acórdão recorrido, para que se afaste a imposição de adequação de seu pedido aos incisos II e III do art. 35 do CDC, reconhecendo-se a possibilidade de ser exigido o cumprimento forçado da obrigação, na forma do inciso I do CDC.

6. CONCLUSÃO

Forte nessas razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para deferir a antecipação de tutela postulada e determinar o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição, com o prosseguimento da ação nos termos do art. 35, I, do CDC.