

PATRICIA FERREIRA MOTTA

**OS EFEITOS DA PUBLICIDADE VIRTUAL
NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONSUMO**

Monografia apresentada ao Curso de
Especialização em Direito Contratual
Empresarial, para obtenção do título
de especialista.

Orientador: Prof. Rodrigo Xavier
Leonardo

CURITIBA
2004

Agradeço a Deus, meu refúgio, minha fortaleza e
em quem confio (Salmo 91).

SUMÁRIO

RESUMO.....	iv
1. INTRODUÇÃO	1
2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERNET.....	4
2.1 Histórico.....	4
2.2 Aspectos Jurídicos.....	7
2.3 Regulamentação da Internet no Brasil.....	8
3. PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	12
3.1 Conceito jurídico de publicidade.....	12
3.3 Efeitos da Publicidade.....	21
3.4 Publicidade Ilícita.....	27
4. PUBLICIDADE NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO CELEBRADOS VIA INTERNET	34
4.1. Comércio Eletrônico	34
4. 2. Relação de Consumo no Comércio Eletrônico.....	37
4. 3. Oferta eletrônica.....	44
4.4 Spam	51
4.5. Metatag	56
5. CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	60
ÍNDICE SISTEMÁTICO.....	63

RESUMO

O presente trabalho discorre sobre a oferta e a publicidade nos contratos eletrônicos de consumo celebrados via Internet, abordando a aplicação das medidas protecionistas dos consumidores concernentes a oferta e a publicidade na relação de consumo virtual, focalizando a nova concepção de oferta adotada pela legislação consumerista, o efeito vinculante/obrigatório da oferta (art. 30 do CDC), bem como os deveres de conduta de boa-fé dos fornecedores quando da veiculação desta (informação, transparência, veracidade). Enfoca, ainda, as questões relativas à oferta eletrônica e à publicidade como oferta, ponderando acerca da fragilidade dos consumidores *internautas*, decorrente da variedade e quantidade de ofertas veiculadas pelos fornecedores na Internet e, por fim, versa sobre algumas formas de publicidade ilícita inerentes a telemática (*spam*, *cookies* e *metatag*).

INTRODUÇÃO

Uma nova realidade, originária em um moderno e inusitado ambiente, diferente do tradicional, se descortinou com a revolução cibernética, reformulando de forma significativa concepções até então existentes no direito.

Referida realidade evidenciou um mundo totalmente distinto do habitual, que até então era baseado em suporte essencialmente físico e com o qual a sociedade estava acostumada a conviver, trazendo as novas tecnologias o denominado mundo digital.

Neste mundo virtual, possibilitou-se a interação plurilateral rápida entre as pessoas, independente da sua localização no Planeta, por intermédio de computadores, fazendo surgir uma nova estrutura social dominante, a sociedade em rede, que criou novas formas de relações sociais.

Em decorrência dessas relações sociais no ciberespaço, surgiu o promissor e incomensurável comércio eletrônico (*e-commerce*), o qual trouxe uma nova forma de contratação à distância, efetuada quase que predominantemente via Internet (“rede das redes” ou *network of networks*).

Os fornecedores e prestadores de serviço encontraram na Internet um novo veículo de comunicação que lhes permite divulgar suas atividades, ir ao encontro de novos clientes e celebrar contratos, ultrapassando fronteiras geográficas e os limites físicos de divulgação que os meios de comunicação até impunham.

Para os potenciais clientes esta nova situação também se apresentou essencialmente favorável, já que propicia acesso a um número maior de informações, de ofertas, que lhes permite escolher, entre as propostas apresentadas, aquelas que considerarem mais interessante. Além disso, se beneficiam ainda, designadamente, da rapidez e comodidade facultada por este meio.

Importa salientar, que muito embora tal contratação abranja diversos tipos de vínculos jurídicos, o presente estudo se limitará aos questionamentos envolvendo a relação de consumo, sobretudo, no tocante a oferta eletrônica e a publicidade veiculada na celebração de contrato via Internet.

Nesse assunto, especificamente, o Código de Defesa do Consumidor regula as atividades do fornecedor ao tentar atrair o consumidor para a relação contratual, ou seja, quando busca motivá-lo a adquirir seus produtos e serviços. Regra, portanto, a legislação consumerista a oferta/proposta feita pelo fornecedor, incluindo aqui também a publicidade veiculada por ele.

Com efeito, suas normas sobre contratos impõem ao fornecedor, quando da promoção de suas vendas, adaptação das práticas comerciais (publicidade, oferta e de venda) aos novos princípios consagrados e defendidos pelo *Codex*, de transparência, boa-fé e equilíbrio contratual.

Na realidade, são normas de prudência e boa-fé impostas aos empresários, que podem, *a priori*, ser aplicadas também ao comércio eletrônico de consumo, uma vez que a ausência de norma específica regulamentando tais questões, provoca polêmicas e dúvidas que devem ser enfrentadas e respondidas pelo direito.

Na primeira parte deste trabalho, numa abordagem inicial e sucinta, serão tecidas algumas considerações sobre a origem da rede mundial de comunicação via computadores, bem como acerca de aspectos jurídicos relevantes decorrentes do uso crescente da Internet e, por fim, será feita alusão a regulamentação desta matéria no Brasil.

Na parte II desta pesquisa será enfocada a publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor, identificando alguns dos princípios fundamentais aos quais está submetida, bem como seus efeitos, especificamente o da obrigatoriedade da oferta e, ainda, na seqüência deste estudo, se desenvolverão considerações sobre as duas formas básicas de ilicitude da publicidade: a enganosa e a abusiva.

Na última parte, a qual versa sobre a publicidade nos contratos eletrônicos de consumo celebrados via Internet, inicialmente, se desenhará um panorama acerca do comércio eletrônico, modalidade de contratação à distância, dando ênfase às transações realizadas por intermédio da rede mundial de computadores, bem ainda a regulamentação mundial desta.

Em seguida, no âmbito da relação de consumo virtual, serão identificados traços do conceito de consumidor e fornecedor no ciberespaço e, entrando mais

diretamente no âmago do tema, serão tratadas matérias relativas a oferta eletrônica, as modalidades desta e a publicidade como oferta veiculada via Internet, fazendo-se referências a legislação estrangeira.

Por derradeiro, ainda, será tratada a ilicitude da publicidade via Internet, notadamente, a inerente a telemática, conjugação da tecnologia de telecomunicação com informática, tecendo-se algumas linhas sobre *spam*, *cookies* e *metatag*.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERNET

A virada do milênio trouxe um mundo novo repleto de desafios, no qual valores e conceitos estão sendo transformados, a fim de se adequarem as expressivas mutações ocorridas pela revolução cibernética, a qual estabeleceu uma nova realidade econômica, política, social e cultural na sociedade mundial.

Inserida neste fenômeno tecnológico, notadamente, a Internet, conhecida como rede internacional de comunicação via computadores, constituiu um marco histórico na revolução do desenvolvimento humano¹ e como tal gerou mudanças nos hábitos e atividades da sociedade, o que implica necessariamente em alterações das regras jurídicas existentes em cada país.

2. 1. Histórico

A rede internacional de comunicação tem suas raízes num sistema criado na época de 1970, pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América, durante a Guerra Fria, denominado projeto ARPANET (Advanced Research Projects Agency), o qual permitia, por intermédio da rede telefônica, a conexão de diversos centros de pesquisa militar e industrial.

A inexistência de um centro único militar de emissão e recepção de dados, além de garantir o acesso ágil às informações, permitia que as informações continuassem a ser transmitidas, de maneira independente, através das áreas intactas da rede, mesmo em caso de guerra e destruição de parte do sistema.

A tecnologia empregada na rede se baseou fundamentalmente na fragmentação da mensagem expedida e na sua reconstrução quando do momento do

¹ A consequência material da invasão da tecnologia na sociedade atual é o surgimento da Sociedade da Informação, tendo como base técnica a digitalização, que permite a utilização de veículos privilegiados para a comunicação direta de grande capacidade entre computadores. Segundo o Prof. José de Oliveira Ascensão, o modelo prefigurado da sociedade de informação implica na comunicação integral e plurilateral, através da constituição de redes cuja infraestrutura permite a disponibilização de todo o tipo de obra ou informação, de forma interligada, a qual toda a sociedade teria o mais largo acesso (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos sobre direito da Internet e da sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2001. p.25).

recebimento, método que possibilitava a intercomunicação de diferentes computadores, transmitindo diversas informações e documentos².

No fim dos anos 80, a National Science Foundation (NSF), dos EUA, utilizando a tecnologia da ARPANET, expandiu o funcionamento deste método de comunicação, criando um verdadeiro sistema de interligação de computadores, entre Universidades, Agências Governamentais e Institutos de Pesquisa, o qual possibilitava aos cientistas, às universidades e aos laboratórios de pesquisa o intercâmbio de materiais e resultados de estudos, acompanhados de seus respectivos gráficos, ilustrações e até mesmo sons, vídeos e outros recursos.

A interligação física e a uniformização do sistema através de transmissão de dados entre as redes (através dos chamados protocolos, códigos que permitem a leitura universal de documentos) permitiam que se colocasse à disposição do usuário conectado à rede uma grande quantidade de informações. Foi dado, então, o primeiro passo para o surgimento da Internet.

Não obstante existisse uma ampla gama de informações disponíveis na rede, o usuário encontrava dificuldades para acessá-las, visto que não dispunha de um sistema que permitisse a seleção, dentre os documentos que versavam sobre o assunto objeto da pesquisa, daquele determinado documento que continha a informação específica que lhe interessava.

No Conselho Europeu de Pesquisas Nucleares (CERN), hoje denominado *European Laboratory for Particle Physics*, desenvolveu-se a idéia de um sistema que permitiria a exploração, o acesso e a localização de todas as informações lançadas na rede. Tal projeto foi apresentado no encontro do indigitado órgão, realizado em 08 de março de 1989, pelo cientista Tim Berners-Lee, do Laboratório Europeu de Física de Gênova, através da proposta de desenvolvimento do sistema de hipertextos³ para

² LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). *Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes*. Bauru, SP: EDIPRO, 2000. p.240

³Hipertextos são documentos que possibilitam o acesso e a transferência de outros documentos, textos e informações disponíveis, de um para outro computador conectado à rede, ao se clicar o *mouse* nos *links* destacados no hipertexto.

interligar todas as informações disponíveis nas redes de computadores de todo o mundo⁴.

Além do próprio mecanismo de hipertexto, denominadas *interfaces*, mencionado sistema deveria apresentar a capacidade de “ler” e transmitir várias tecnologias e modelos de documentos, possibilitando a pessoa que utilizasse qualquer modelo de computador o acesso fácil aos vários tipos de documentos disponíveis na rede.

O desenvolvimento do projeto de Tim Berners-Lee levou ao surgimento do sistema de acesso e uso das informações da Internet por meio dos hipertextos, conhecidos como *world wide web*, que representa uma evolução na utilização da rede semelhante à evolução do *Windows*, da Microsoft, que se utilizou dos computadores para conquistar o mercado mundial.

A evolução deste sistema, que teve início no CERN e posterior desenvolvimento através da parceria com a *Macintosh*, é feita por uma *joint venture* entre a CERN e o *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), denominada *W3 Organization*. Desde 1.993 a *www* está se firmando com o coração da rede de informação da Internet, pois é o mecanismo que permite a localização de qualquer assunto na rede, mesmo que o usuário não conheça o endereço que quer acessar.

Esta verdadeira revolução tecnológica no plano da comunicação desenvolveu uma acentuada tendência à globalização. A facilidade, possibilidade, rapidez de contatos e envio de recepção dados entre pessoas fisicamente situadas nos mais variados locais do planeta, a custos muito baixos, foi naturalmente aproveitada e otimizada para o desenvolvimento da atividade comercial mundial.

A Internet, atualmente, representa um poderoso instrumento de negócios, pois figura como meio à ampla disposição dos consumidores para a aquisição de bens corpóreos ou incorpóreos ou serviços, a título oneroso, ganhando foro de verdadeiro

⁴STUBER, Walter Douglas; MONTEIRO, Manoel Ignácio Torres; NOBRE, Lionel Pimentel. Questões Jurídicas Relacionadas à Internet, *Revista de Direito Mercantil*, n 120, p.147-163, out./dez. 2000.

mercado, deixando de ser, portanto, um simples meio de comunicação de difusão em massa.

2.2. Aspectos Jurídicos

Com o crescente uso da Internet como ferramenta para a comunicação e troca de informações, incluindo-se aí sua utilização como nova rota de comercialização de bens e serviços, muitos aspectos dos ordenamentos jurídicos mundiais devem ser cuidadosamente analisados, revistos e reestruturados.

Assim como a tecnologia digital, principalmente, a vasta gama de informações que vêm sendo difundidas, trocadas e elaboradas em decorrência da propagação mundial do uso da Internet, nasce ao Direito a obrigação de, na mesma velocidade, acompanhar tão exorbitante evolução, preenchendo as lacunas necessárias, sem, todavia, afrontar o que a rede mundial de computadores tem de mais fascinante a liberdade e a descentralização.

Dentre as várias questões jurídicas importantes merecem destaque e atenção o tratamento tributário dos serviços oferecidos, a responsabilidade, o julgamento e a punição dos delitos perpetrados via rede, a proteção de marcas, patentes e direitos autorais, a publicidade e a realização de transações comerciais via Internet, inclusive a transmissão e desenvolvimento de novas tecnologias.

Cumprе salientar que a apreciação desses temas deve ser efetuada considerando-se as características peculiares que a rede mundial de comunicação via computadores trouxe ao cenário das relações humanas, as quais foram, por via de consequência, introduzidas no mundo do Direito.

Duas das mais marcantes e, por vezes, preocupantes características da Internet são a descentralização, pois não existe um órgão central que a administre, ou seja, que controle o conteúdo das informações que circulam pela rede e a extraterritorialidade⁵,

⁵ A territorialidade sempre foi um dos elementos essenciais para a aplicação do Direito, sendo um dos princípios da soberania dos Estados contemporâneos o reconhecimento do poder de aplicação do direito nacional de um Estado dentro de seu próprio território (princípio da territorialidade).

consubstanciada no fato das informações lançadas na rede poderem percorrer diversos caminhos, passando por vários servidores e países, até chegar ao destinatário final.

Em consequência da extraterritorialidade e da possibilidade de, através da rede, ser enviada desde uma simples mensagem até uma proposta de autorização de fechamento de uma importante negociação comercial, surge ao intérprete do Direito a difícil tarefa de individualizar qual ou quais das leis podem ser invocadas pelas partes em eventual litígio, bem como qual a norma aplicável ao conflito.

Notadamente, na esfera dos negócios jurídicos incumbe ao Direito regular a nova realidade fática apresentada pelo comércio eletrônico, no mesmo compasso da genialidade humana, a fim de proporcionar firmeza às normas vigentes, possibilitando uma garantia aos contratantes e, em especial, à classe dos consumidores, à qual todos pertencem, em maior ou menor grau, face a situação de vulnerabilidade e/ou hipossuficiência.

2. 3. Regulamentação da Internet no Brasil

No Brasil foi criado pela Portaria Interministerial MC/MCT n° 147/95, publicada no DOU de 31 de maio de 1995 o Comitê Gestor da Internet - CG, visando assegurar a qualidade e eficiência dos serviços ofertados, bem como a justa e livre competição entre provedores e, ainda, garantir a manutenção de adequados padrões de conduta dos usuários e provedores⁶.

Dentre suas atribuições principais estão: fomentar o desenvolvimento de serviços de Internet; recomendar padrões e procedimentos técnicos e operacionais para a Internet no Brasil; coordenar a atribuição de endereços na Internet, através de registro dos nomes de domínios e da interconexão de espinhas dorsais; coletar, organizar e disseminar informações sobre os serviços Internet.

Objetivando cumprir tais atribuições o comitê enfocado fornece gratuitamente aos interessados “Cartilha de Segurança para Internet”, divulgada em 24 de outubro de 2000, “Recomendações para Desenvolvimento e Operação da Internet/BR”, publicada

⁶ Disponível em <<http://www.cg.org.br>>. Acesso em: 02 de abril 2004.

em 19 de agosto de 1999 e as “Recomendações para evitar invasões”, divulgada em 01 de janeiro de 1999.

A referida cartilha⁷, visando dar ao usuário iniciante uma visão geral dos conceitos básicos de segurança para Internet, explica aos *internautas*:

- a) como escolher uma senha ou *password* na Internet, a qual serve para autenticar o usuário, ou seja, a senha garante que determinando indivíduo que se utiliza de um serviço é ele mesmo;
- b) as formas pelas quais os “hackers” conseguem invadir os computadores e controlá-los à distância, mediante programas conhecidos como “Cavalos de Tróia” ou *Trojan Horses*, os quais uma vez instalados nos computadores, abrem portas nestes, tornando possível o roubo de informações (arquivos, senhas, códigos de acesso a conta bancárias, etc);
- c) o que são vírus e o que fazem no computador, bem como a forma de evitá-los, através da proteção dos programas anti-vírus, com enfoque nos programas “Java hostis” e “Active X”, quais os risco de se ficar muito tempo conectado em salas de bate-papo ou *webchats* e em programas de trocas instantâneas de mensagens (ICQ, IRC e AIM, etc) e, também, o que são “Cookies”, quais os seus riscos e como evitar “Spam” e “Hoaxes”;
- d) quais os cuidados que devem ser tomados quando da utilização da Internet para transações comerciais envolvendo dinheiro (comércio eletrônico e *home banking*), bem como no fornecimento de dados pessoais para preenchimento de formulários;
- e) o que são anti-virus, programas que detectam, anulam e eliminam os vírus de computador e *firewalls*, sistemas ou programas que barram conexões indesejadas na Internet e, ainda, o que são criptografia de chave pública e privada e assinatura eletrônica de documentos, bem como qual o real nível de segurança e privacidade destes métodos.

⁷ Disponível em <<http://www.nbso.nic.br/docs/cartilha>> Acesso em: 02 abril 2004

As “Recomendações para o Desenvolvimento e Operação da Internet no Brasil”, divulgada pelo Comitê Gestor da Internet, por sua vez, entre outros aspectos importantes, abordam:

- a) da necessidade da adoção de meios de acesso (telefonia, cabos e outras tecnologias) que permitam a identificação inequívoca da origem da chamada, de modo que os provedores de acesso possam rastrear a origem de ataques à segurança da rede, seus serviços e usuários. O Comitê Gestor propõe que tal recomendação seja objeto de ampla discussão pública com a participação da ANATEL, visando a implantação de um plano emergencial de implantação deste serviço. A identificação inequívoca da origem da chamada leva à identificação do remetente do *e-mail* e/ou do arquivo portando vírus, pornografia, com conteúdo terrorista, ou, de alguma forma ilegal ou criminoso, agindo com eficaz efeito preventivo de atos ilícitos e garantindo a idoneidade de qualquer comunicação;
- b) da necessidade de adoção de padrões internacionais de *DNS-Domain Name System* por todas as redes conectadas à Internet Brasil;
- c) da adoção, formal, de um Código de Ética a ser seguido na Internet Brasil;
- d) do fornecimento, pelos provedores de acesso, além dos serviços de conexão, de informações e mecanismos necessários à proteção mínima dos usuários conectados, como, por exemplo, filtros de portas que são utilizadas por serviços reconhecidamente nocivos, conforme padrões estabelecidos pelos órgãos oficiais de suporte à Internet Brasil: o NBSO-NIC *Br Security Office* e o CERT – *Computer Emergency Response Team*, com sede na Suíça, os quais trabalham em conjunto com a Polícia Federal e com organizações internacionais de combate a crimes cometidos na Rede;
- e) do estabelecimento, pelos provedores de acesso, de meios que tornem possível a identificação de práticas ilícitas ocorridas através da rede, evitando que contas de usuários sejam utilizadas por terceiros ou sejam abertas contas com dados falsos;

- f) da adoção, pelos provedores de acesso, de práticas de cadastramento e recadastramento das contas dos usuários de forma a obter dados cadastrais completos e que permitam obter a identificação da pessoa natural ou jurídica que utiliza a Internet;
- g) da manutenção/registo/arquivamento de dados de conexão: assim como os serviços de telefonia e transmissão de dados, os provedores devem passar a manter, por um determinado lapso temporal, os dados de conexões e chamadas realizadas por seus clientes e respectivas máquinas, para fins judiciais (identificação do endereço de IP, data e hora de início e término da conexão e origem da chamada);
- i) fornecimento de extrato completo pelos provedores de acesso - a exemplo dos serviços de telefonia, bancário e de cartões de crédito – de forma que os usuários de Internet possam se sentir mais seguros de poder verificar utilização indevida de suas contas;
- j) do fornecimento de manuais de orientação para que os usuários possam navegar na rede com mais facilidade e segurança, orientados sob formas de controle de conteúdo (filtros, anti-vírus e configurações protetoras, etc).

Entretanto, a despeito da mencionada regulamentação do Comitê Gestor da Internet, como ressalta o Prof. e Advogado Tarcísio Queiroz Cerqueira:

tudo ainda se faz de forma muito tímida no Brasil; no tocante à Internet. O CG (...), carece de maior expressão e poder de regulamentação, atendo-se à normatização técnica e administração da rede mas também fornecendo subsídios quanto a temas de relevância jurídico-legal, tendo em vista (...), o amálgama formado pelos temas jurídicos e técnicos quando nos referimos à Internet.⁸

Sendo assim, torna-se imperiosa a regulamentação da Internet no Brasil, sobretudo, no tocante às regras do comércio eletrônico, a fim de se criar um ambiente jurídico favorável à confiança dos diversos intervenientes deste meio eletrônico, desde simples usuários, passando pelos consumidores aos fornecedores.

⁸ CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. *A Regulamentação da Internet no Brasil*. Disponível em <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 03 maio 2004.

3. PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3.1 Conceito jurídico de Publicidade

O vocábulo publicidade deriva do latim *publicus*, tornar público, publicar de forma geral, vulgarizar, divulgar, tendo sua utilização no aspecto atual comercial generalizada no início do século XIX, no qual serviu, também, como forma de distinção para a então existente propaganda nazifacista, política ou governamental.⁹

No dias atuais, a publicidade tem preponderante feição e finalidade comercial, pois visa captar a atenção do público consumidor, informando ou persuadindo, divulgando, promovendo o produto ou serviço e estimulando o consumo, ou seja, constitui um ato negocial de um profissional consciente no mercado de consumo massificado.

Dentro deste contexto mercadológico, o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária¹⁰ define a publicidade comercial como “toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias”¹¹, incluindo nessa definição a publicidade governamental e o *merchandising*.

No aspecto jurídico o fenômeno publicidade se tornou relevante para o direito, notadamente pela perspectiva da proteção do consumidor, sendo assim definido por Carlos Alberto Bittar¹² como “a arte e técnica de elaborar mensagens para, por meio de diferentes formas de manifestação e de veiculação, fazer chegar aos consumidores determinados produtos ou serviços, despertando neles o desejo de adquiri-los ou deles dispor”.

⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM Antônio Herman; MIRAGEM Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º e 74º - aspectos materiais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.470.

¹⁰ Para uma análise abrangente do sistema auto-regulamentar brasileiro, consulte CAMPOS, Maria Luiza Andrade Figueira de Sabóia, O Direito estatutário do CONAR, *Revista de Direito Civil*, vol.38, p.103-157.

¹¹ BRASIL. Código de Auto-Regulamentação Publicitária Brasileiro. Art.8º.

¹² BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor na obra publicitária*, São Paulo: RT 1981, p.73

A publicidade no escólio da Professora Cláudia Lima Marques “é toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado.”¹³

Segundo o doutrinador português Carlos Ferreira de Almeida publicidade consiste em “toda a informação dirigida ao público com o objectivo de promover, directa ou indirectamente, uma atividade econômica.”¹⁴

Fábio Ulhoa Coelho¹⁵ define publicidade como “a ação econômica que visa motivar o consumo de produtos ou serviços, através da veiculação de mensagens persuasivas por diversos meios. Não se confunde com a propaganda, cujos objetivos não são mercantis”.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, não traz um conceito explícito de publicidade, porém na essência de seu sistema protecionista, a publicidade representa toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado.

Destarte, na esfera consumerista, não se enquadram na definição de publicidade todas as mensagens persuasivas veiculadas através de meios de comunicação em massa, vez que existem aquelas sem conteúdo mercantil, destinadas ao público que não pode juridicamente ser considerado consumidor, tais como as de mensagem política, oferta de emprego, campanhas públicas de vacinação ou esclarecimento sobre doenças e outras para as quais se deve reservar o conceito de propaganda.

3.2. Princípios da Publicidade

¹³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O Novo Regime das Relações Contratuais*. São Paulo: Ed.RT, 2002 p.138.

¹⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Conceito de publicidade. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, nº 349, p.115-314, out.1985.

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vol.02, 5ª ed. ver. e atual., São Paulo: Saraiva, 2002, p.309.

Sob o pálio do artigo 36 e seu parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade está submetida a dois princípios fundamentais: o da identificação e o da transparência da fundamentação¹⁶.

3.2.1 Princípio da Identificação

Conforme prescreve o caput do art. 36 do Código de Defesa do Consumidor “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique com tal”. Trata-se do princípio da identificação ou identificabilidade, elemento presente na normatização da publicidade em vários outros diplomas estrangeiros¹⁷, o qual se relaciona com a forma de inserção da mensagem publicitária no veículo de divulgação¹⁸.

Referido princípio tem sua origem justamente na premissa de que é necessário tornar o consumidor consciente de que ele é o destinatário da mensagem publicitária, patrocinada por um fornecedor, no intuito de vender-lhe algum produto ou utilização de um serviço, ou seja, reconhece ao destinatário o direito de ser informado acerca da natureza publicitária da mensagem que lhe é dirigida.

Aliás, esta natureza não pode ser disfarçada ou oculta ao consumidor, que deve ter plenas condições para se posicionar de maneira adequada frente à gama de informações que lhe é endereçada. Ademais, segundo o supracitado dispositivo, a veiculação da publicidade deve permitir ao destinatário a sua identificação fácil e

¹⁶ Para o doutrinador João Batista de Almeida, citando Benjamim e Bulgarelli, a publicidade é norteada pelos princípios da identificação, da veracidade, da não-abusividade, da transparência da fundamentação, da obrigatoriedade do cumprimento e da inversão do ônus da prova (ALMEIDA, João Batista de, *A proteção Jurídica do Consumidor*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 115-116).

¹⁷ PORTUGAL, LISBOA. Supremo Tribunal de Justiça. Tribunal da Relação de Lisboa. “Um dos princípios que rege a publicidade televisiva é o da identificabilidade segundo o qual a publicidade tem de ser inequivocadamente identificada como tal não é legítimo pretender atribuir a determinado período de emissão (sinal horário que precede o telejornal) simultaneamente as características de ‘espaço publicitário’ e de ‘programa informativo’”. Processo nº 0032853. Relator Contrim Mendes. 04.11.1998. Disponível em <http://www.stj.pt>. Acesso em 15 fev. 2004.

¹⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1997, p.84.

imediatamente, ou seja, sem esforço ou exigência de capacitação técnica, e de pronto no momento da exposição¹⁹.

Sendo assim, os recursos técnicos tendentes ao convencimento dos consumidores devem se limitar ao conteúdo da mensagem, não podendo estender-se ao modo de empregá-los, porquanto a mensagem é persuasiva, devendo ser identificada desde logo, a fim de possibilitar que o destinatário se previna e resista aos argumentos expendidos, ou ceda, se quiser.

Cabe frisar que o aludido dever de identificação do anunciante, a despeito de ser legal, deriva do princípio da lealdade e da boa-fé objetiva²⁰, por isso, proíbe a publicidade dissimulada e sublinear, bem como a prática do *merchandising*, visto que a lei consumerista somente admite, como forma adequada de conduta pré-negocial, o assédio honesto e declarado ao consumidor.

É considerada dissimulada a publicidade travestida de reportagem, em outras palavras, aquela que aparenta ser uma notícia isenta, revestida de objetividade, como se o órgão de divulgação que a transmite estivesse prestando uma informação ao público ou realizando uma simples reportagem²¹.

Para o fim de se eximir de qualquer responsabilidade perante os consumidores, deve o órgão divulgador evitar a confusão de matéria publicitária com editorial, cercado o que for publicidade com tarja constando “informação publicitária”.²² Sendo que a forma para apurar a existência de fraude nesse sentido, se faz pela demonstração da tendenciosidade do texto ou através da aferição contábil da reciprocidade entre a verba investida e a reportagem.

Configura-se sublinear a publicidade que normalmente exerce seu poder de persuasão sobre o estado inconsciente dos consumidores, mediante estímulos

¹⁹ Ibid., p.85.

²⁰ Sobre a boa-fé e a criação de deveres jurídicos, veja a obra de COSTA, Judith Martins, *A Boa-fé no Direito Privado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.437.

²¹ PASQUALOTTO, op. cit., p.86.

²² PORTUGAL, LISBOA. Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Tribunal da Relação de Lisboa. “Com o fim de evitar a mistura de programas com a publicidade é visando acautelar o direito do consumidor a Lei exige por razões de certeza que na televisão seja colocado um separador constituído por sinais ópticos ou acústicos no início e fim do espaço publicitário devendo conter ainda a palavra publicidade”. processo nº 0073633. Relator Santos Monteiro. 29.03.2003. Disponível em <http://www.stj.pt>. Acesso em 15 fev. 2004.

fraquíssimos ou de duração efêmera, que escapariam à percepção da consciência, mas suficientemente poderosos para influenciar o comportamento do destinatário²³. Tal técnica publicitária acarreta a nulidade ou ineficácia do ato, de acordo com as especificidades do caso concreto.

O mais freqüente dos tipos de publicidade clandestina utilizado, denominado-se merchandising comum em novelas de televisão, filmes e mesmo nas peças teatrais, ocorre quando um produto aparece na tela e é utilizado ou consumido pelos atores em meio à ação teatral, constituindo uma forma de sugerir ao consumidor uma identificação do produto com aquele personagem, história, classe social ou determinada conduta social²⁴.

Saliente-se que o aparecimento do produto não é gratuito, nem fortuito. Ao contrário, existe um vínculo contratual entre o fornecedor e o responsável pelo evento cultural, sendo que o fornecedor oferece uma contraprestação pelo espaço de divulgação ocupado por seu produto ou serviço, na verdade, representa uma forma de burlar os 15 (quinze) minutos de publicidade por hora de programação.

Contudo, *a priori*, a norma do artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor não deve ser interpretada de forma a proibir o merchandising no Brasil, desde que tal técnica se adapte ao princípio da identificação da mensagem publicitária, como sugere o mestre Antônio Hermam Benjamim através da utilização de “créditos”, ou seja, mediante “a veiculação antecipada de uma informação comunicando que, naquele programa, peça ou filme, ocorrerá merchandising de tais e tais produtos ou serviços”.²⁵

Em arremate, anote-se que o *infomercial*, veiculado nas TVs a cabo, com traduções caracteristicamente malfeitas, configura-se em verdadeira venda por *telemarketing*, na qual a apresentação do produto ou serviço é ambientada num programa de auditório perante uma platéia inicialmente incrédula, que vai aos poucos externando, através de interjeições e aplausos, sua estupefação com a eficiência

²³ PASQUALOTTO, op. cit., p.91.

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. op.cit, p.471.

²⁵ BENJAMIM, Antônio Herman. *et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.283.

proclamada do bem anunciado, deve explicitar, de forma clara, sua natureza de peça publicitária, sob pena de não se adequar a nossa legislação consumerista²⁶.

3.2.2 Princípio da Transparência da Fundamentação

Por sua vez, o parágrafo único do 36 do Código de Defesa do Consumidor traz o princípio da transparência da fundamentação, ao dispor que: “O fornecedor, na publicidade dos seus produtos ou serviço, manterá em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação a mensagem”. Diversamente do princípio da identificação, o importante neste princípio é o conteúdo, a clareza e a veracidade da mensagem publicitária veiculada, não mais a sua forma de expressão²⁷.

Conforme leciona o mestre Alcides Tomasetti Júnior:

transparência significa uma situação informativa favorável à apreensão racional, pelos agentes econômicos que figuram como sujeitos naquelas declarações e decorrentes nexos normativos, dos sentimentos, impulsos e interesses, fatores, conveniências e injunções, todos os quais surgem ou são suscitados para interferir e condicionar as expectativas e o comportamento daqueles mesmos sujeitos, enquanto consumidores e fornecedores conscientes de seus papéis, poderes, deveres e responsabilidades.²⁸

Aludido princípio rege o momento pré-contratual, em outras palavras, o momento anterior a efetiva formação do contrato de consumo. É mais do que um simples elemento formal, afetando a essência do negócio jurídico a ser firmado, pois a informação repassada ou requerida pelo contratante integra o conteúdo do contrato²⁹ ou, se omissa ou defeituosa, representa falha na qualidade do produto ou serviço oferecido³⁰.

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. op. cit., p. 320.

²⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. op. cit, p.92.

²⁸ TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 04, 1992, p.52-90.

²⁹ Vide artigos 30, 33, 35, 46 e 54 do Código de Defesa do Consumidor.

³⁰ Vide artigos 18, 20 e 35 do Código de Defesa do Consumidor.

Tal princípio concretiza a idéia de reequilíbrio de forças contratuais nas relações de consumo, a qual visa alcançar a almejada justiça contratual, na verdade, é o resultado prático que a lei consumerista substancialmente persegue, mediante o que se pode denominar de dever de informação³¹, consubstanciado na informação clara e correta sobre o produto ou serviço a ser vendido, bem como sobre o contrato a ser firmado³².

Exemplar, nesse diapasão, é a decisão do Egrégio Tribunal de Alçada do Estado do Paraná³³:

DESFAZIMENTO DE NEGÓCIO JURÍDICO. COMPRA E VENDA DE AUTOMÓVEL EM LEILÃO. PRELIMINAR DE DENUNCIAÇÃO DA LIDE REPELIDA. RELAÇÃO DE CONSUMO CONFIGURADA. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA E DO DEVER DE INFORMAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. PUBLICIDADE ENGANOSA. INFORMAÇÕES INCORRETAS QUANTO AS CARACTERÍSTICAS E ORIGEM DO BEM. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O fornecedor tem o dever de bem informar o público consumidor sobre todas as características importantes dos produtos e serviços, para que aquele possa adquiri-los, sabendo exatamente o que poderá esperar deles, e quanto pagará por eles (art.6º, III, do CDC).

Ao fornecedor, na qualidade de devedor de informação, cumpre esclarecer, avisar, e predispor os consumidores, no sentido de racionalizar as suas opções, das

³¹ Código de Defesa do Consumidor artigo 6º, inc. III - “ São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os risco que apresentem.”

Ademais, como bem leciona Judith Martins-Costa “ Aos deveres de informação na relação jurídica de consumo se liga ao princípio da vulnerabilidade do consumidor, o qual, como já referi em trabalhos, é a vulnerabilidade técnica, compreensível a partir do maior grau de informação sobre o produto e o serviço que o fornecedor possui, na relação com o consumidor. Neste tipo de relação, portanto, intensificam-se sobremaneira o conteúdo do dever de informar, havendo graduação mesmo entre as suas várias espécies (p. ex: prestação de serviço médico, ou de seguro), sendo mais tênue a graduação numa relação contratual entre comerciantes, em outra hipótese” (op.cit., p.395).

³² Ensina Cláudia Lima Marques, sobre o dever de informar que “Pretendeu, assim, o legislador evitar qualquer tipo de lesão ao consumidor, pois sem ter conhecimento do conteúdo do contrato, das obrigações que estará assumido, poderia vincular-se a obrigação que não pode suportar ou que simplesmente não deseja. Assim também adquirindo um produto sem ter informações claras e precisas sobre suas qualidades e características pode adquirir um produto que não é adequado ao que pretende ou que não possui as qualidades que o fornecedor afirma ter, ensejando mais facilmente o desfazimento do vínculo contratual” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos ...*, p.595-596).

³³ BRASIL, PARANÁ. Tribunal de Alçada. Nona Câmara Cível. Ac. nº 2386. Relator Juiz Wilde de Lima Pugliese. 17.06.2003. Disponível em < <http://www.ta.pr.gov.br>>. Acesso 15 nov de 2003.

escolhas predominantemente refletidas e na sua maior parte autodeterminadas. Referida racionalização das declarações negociais e das relações jurídicas de consumo é resultado que não se obtém pela sugestão³⁴, especialmente, pela publicitária, a qual, primordialmente, atua pela incitação dos sentidos dos futuros consumidores.³⁵

O modelo de transparência implica não só na difusão da informação mas, também na eficiência da mensagem informativa. Pode se dizer, então, eficiente a informação que enseja de maneira apropriada, total ou altamente satisfatória, a consecução do objetivo de transparência, propiciando ao consumidor atuar segundo a ponderação e a ordenação da sua racionalidade.³⁶

A insuficiência³⁷, a deficiência³⁸ e a hipereficiência³⁹ informativa, caracteriza infrações do dever legal de cooperação do fornecedor com a difusão eficiente da informação adaptada ao conseguimento de transparência nas declarações negociais para o consumo e na própria relação advinda deste.⁴⁰

Além do essencial e básico dever de informar, introduziu em nosso ordenamento jurídico o Código de Defesa do Consumidor uma série de novos deveres anexos⁴¹ para o fornecedor, que se utiliza da publicidade no mercado, como método comercial e de incitação ao consumo, dentre eles o dever de veracidade.

³⁴ Define TOMASETTI JUNIOR, Alcides sugestão como “ o ato ou situação que provoca uma acentuada ou integral paralisia (senão mesmo supressão) do senso de discernimento e crítica da pessoa, conservando-se no entanto em níveis normais ou próximos da normalidade todas as outras funções psíquicas” (op. cit., p.54).

³⁵ *Ibid.*, p.53.

³⁶ *Ibid.*, p.58

³⁷ “Insuficiente será a informação que deixar de atender integralmente a qualquer uma ou mais daquelas variáveis, de jeito que não se atinge sequer o perfazimento de um grau mínimo de transparência: o objetivo buscado pelo modelo resta simplesmente inalcançado” (id.)

³⁸ “Será deficiente a informação que desatende, em parte, alguma, algumas ou todas aquelas variáveis. Nessa hipótese há defeito de transparência.” (id.)

³⁹ “Também pode ocorrer um excesso de informação, ou hipereficiência informativa, o que provoca no consumidor dificuldade ou mesmo impossibilidade de apreender o que na mensagem constitui o seu núcleo cognoscitivo” (id.)

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ “O dever de informar foi sendo desenvolvido na teoria contratual através da doutrina alemã do Nebenpflicht, isto é, da existência de deveres acessórios, deveres secundários ao da prestação contratual principal, deveres instrumentais ao bom desempenho da obrigação, deveres oriundos do princípio da boa-fé na relação contratual, deveres chamados anexos” (MARQUES, Cláudia Lima. *et al. Comentários...*, p.470).

No tocante a publicidade comunicativa, logo é forma de informação, mas também é livre para não trazer nenhuma informação precisa ou mesmo nenhum sentido, pura ilusão publicitária; mas, se trazer alguma informação, seja sobre o preço, sobre qualidade ou quantidade, sobre os riscos e segurança ou sobre características e utilidades do produto e do serviço, estas informações devem ser verdadeiras⁴².

Segundo o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor⁴³, o fornecedor deve cuidar para que sua oferta, assim como a apresentação de seu produto ou o nome de seu serviço, assegure ao consumidor informações claras, precisas e ostensivas sobre as características principais do produto.

A lista de características destacada no mencionado dispositivo é meramente exemplificativa, preocupando-se com as características físicas do produto, quantidade, qualidade e composição, com a sua repercussão econômica, preço e garantia, com a saúde do consumidor, prazo de validade e origem do produto e com a segurança do consumidor.

Corolário, também, do dever de informar é o dever de oportunizar a informação sobre o conteúdo do contrato, com redação clara e precisa, previsto no artigo 46 da Lei nº 8.078/90.⁴⁴ A sanção decorrente do descumprimento desse dever de oportunizar ao consumidor a possibilidade de tomar conhecimento do contrato é a declaração de inexistência do contrato firmado nessas condições, pois se consubstancia um vício na manifestação de vontade do agente.⁴⁵

Em suma, o que se busca na sociedade consumerista massificada é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre

⁴² Ibid., p.472.

⁴³ Código de Defesa do Consumidor, artigo 31 - "A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações, corretas, claras, precisas, ostensivas em língua portuguesa, sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores"

⁴⁴ Artigo 46 do CDC - "Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhe for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance".

⁴⁵ BRÁSL, PARANÁ. Tribunal de Alçada, Ac. nº 17817, Terceira Câmara Cível, Rel. Juiz Valter Ressel, 01.07.2003. Disponível em < <http://www.ta.pr.gov.br>>. Acesso 15 nov de 2003

consumidor e fornecedor, inclusive na fase pré-contratual, mediante a informação adequada daquele, a qual é assegurada pela transparência das relações de consumo, decorrente da observância de regras de interesse público, honestidade e lealdade.

3.3 Efeitos da Publicidade

Existem dois fenômenos intimamente interligados no plano dos efeitos, quais sejam, oferta e publicidade. Como já destacado neste texto não constituem a mesma coisa, uma vez que publicidade nem sempre contém a oferta, a exemplo da publicidade institucional, assim como a oferta nem sempre é formalizada via peça publicitária.

No entanto, quando há identidade entre oferta e publicidade os efeitos gerados são únicos, porquanto a oferta corresponde ao teor do anúncio publicitário, nessa hipótese, a publicidade passa a ser fonte de obrigação para o fornecedor.

3.3.1 Obrigatoriedade da Oferta

Na concepção clássica a oferta⁴⁶ é definida como a manifestação de vontade que uma das partes (policitante) dirige a outra (oblato), visando a celebração de um contrato. É, portanto, um negócio jurídico que sujeita o proponente à vontade que declarou, desde que tal manifestação encontre a aceitação, gerando consenso e conseqüentemente a formação do contrato.

Sob essa ótica o fornecedor ao anunciar um produto estaria, em verdade, realizando um convite a contratar (*invitatio ad offerendum*). Diante do qual o consumidor que viesse a procurar seu estabelecimento comercial faria uma oferta, a fim de adquirir o bem ou serviço anunciado pelo preço e condições divulgadas, não estando, assim, o comerciante vinculado ao conteúdo do anúncio motivador da contratação.

⁴⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil – Comentários*, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1975, t. I, p. 244 “A oferta ou proposta é a declaração unilateral de vontade direcionada à realização de um contrato”.

Com a evolução da idéia de contrato, mormente aquela derivada das novas relações contratuais, surgidas a partir do estabelecimento de contratos em massa, alterou-se a visão clássica da oferta, a qual deixou de ser feita a um indivíduo preestabelecido, passando a ser endereçada, nos contratos de consumo, a toda a coletividade (oferta genérica).⁴⁷

É sob essa mudança de pensamento jurídico e social da teoria contratual que a *ratios legis* do Código de Defesa do Consumidor, visando garantir maior sinceridade, seriedade, veracidade e solidariedade entre as partes contratantes, preocupou-se em analisar, avaliar e regular o comportamento negocial do fornecedor .

Conforme lição da Prof. Cláudia Lima Marques

A tendência atual é de examinar também a conduta negocial do fornecedor, valorando-a e controlando-a, dependendo da conduta (abusiva ou não) a formação do vínculo (informações prévias, acesso ao contrato, envio de mercadorias não requeridas etc) e a interpretação de quais as obrigações o consumidor está vinculado (cláusulas, promessas dos vendedores, prospectos, publicidades, sites, etc).⁴⁸

Dentro desta concepção protecionista, regula a legislação consumerista as manifestações exaradas pelo fornecedor, que tentam atrair o consumidor para a relação contratual, motivando-o a adquirir seus produtos e a usar os serviços que oferece. Regula, destarte, a oferta⁴⁹ feita pelo fornecedor, incluindo aqui, também, a publicidade veiculada por ele, a qual consiste em toda a atividade comercial destinada a estimular o consumo de bens e serviços.

A propósito, como já explicitado, a publicidade faz parte de um universo amplo do fenômeno mercadológico, o que implica no seu regramento jurídico, pois afeta sujeitos vulneráveis e, por sua própria natureza, apresenta-se como manifestação propensa à insubordinação contra os parâmetros de transparência e boa-fé objetiva a serem guardados na relação de consumo.

⁴⁷ OLIVEIRA, Marcelo Leal de Lima. A aurora na formação dos contratos oferta e aceitação do clássico ao pós-moderno. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 04, nº15, jul/set 2003, p.243-271.2002.

⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...* p.592-593.

⁴⁹ Oferta no Código de Defesa do Consumidor é considerada um negócio jurídico unilateral, segundo Pontes de Miranda, Alcides Tomasetti Júnior e Cláudia Lima Marques.

Pelo artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor⁵⁰ a publicidade, quando suficientemente precisa, tem efeitos jurídicos de oferta, ou seja, seu conteúdo passa a integrar o negócio jurídico celebrado⁵¹, como se fosse uma cláusula contratual extra, não escrita, mas cujo cumprimento poderá ser exigido pelo consumidor, inclusive, se necessário, judicialmente.

Referido dispositivo legal empreendeu sensível inovação em nosso direito, ao ampliar a noção tradicional de oferta, não permitindo mais que a publicidade fosse encarada como um indiferente jurídico, revolucionando, portanto, a idéia de *invitatio ad offerendum*, na qual era considerada como mero convite insignificante.⁵²

Em face disso, qualquer informação publicitária divulgada, na fase de negociações preliminares, que precisar elementos essenciais da contratação, como por exemplo, objeto, preço, forma de pagamento, local do cumprimento da obrigação, etc, qualifica-se como oferta vinculante⁵³, carecendo apenas da aceitação do consumidor para a formação do contrato.

No escólio do doutrinador Alcides Tomasetti Júnior:

Ao efeito vinculatorio da oferta (em senso amplo) a lei protetiva do consumidor acrescenta, àquele mesmo negócio jurídico unilateral, o efeito da obrigação em sentido técnico mais rigoroso, qual seja o de ficar o fornecedor (devedor) adstrito a cumprir um dever de prestar

⁵⁰ Artigo 30 CDC - “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. “O CDC dispõe que toda a informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado. REsp 341405/DF. Relatora Ministra Nancy Andriighi. 28.04.2003. Disponível em < [http:// www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso 15 nov de 2003

⁵² PASQUALOTTO, Adalberto. op. cit., p.102.

⁵³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2002.01.1.061556-8. EMENTA, RELATOR, DATA. Na mesma linha que “Depurado que a oferta veiculada pela vendedora era precisa e clara quanto ao fato de que, em se ultimando a compra do apartamento oferecido à venda, o adquirente ficaria eximido dos custos da consumação do ato, que seriam por ela absorvidos inteiramente, essa condição, de conformidade com o delineado no artigo 30 do Estatuto Tutelar das Relações de Consumo e de Defesa do Consumidor, aderira ao ajuste concertado entre as partes, integrando-o de forma efetiva, mesmo porque a declaração unilateral de vontade, desde as épocas de antanho, qualifica-se como fonte geradora de obrigação” (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Apelação Cível. nº .Relator Teófilo Rodrigues Caetano Neto, 26.02.2003). Disponível em < [http:// www.tjdf.gov.br](http://www.tjdf.gov.br)>. Acesso 18 nov de 2003.

ao consumidor (credor) o bem de consumo ofertado (*lato sensu*) tão logo o consumidor exercitar a sua pretensão ao recebimento do mesmo bem, em congruência com os elementos e as circunstâncias da declaração negocial de oferta (em sentido amplo, repita-se) no mercado de consumo⁵⁴

O convite a contratar, conseqüentemente, ficou restrito tão-somente àquele tipo de publicidade que apenas anuncia a existência do produto em determinado estabelecimento comercial, ressaltando-se, contudo, que a descrição mais detalhada do bem exposto à venda também obriga o anunciante ao modelo, marca e as qualidades do produto divulgado⁵⁵.

Tal natureza vinculatória possui índole pré-contratual, visto que conforma declaração unilateral de vontade exarada pelo proponente da qual decorrem direitos para os consumidores abordados pela publicidade, bem como deveres jurídicos⁵⁶ para o fornecedor que a veiculou.

O termo “suficientemente precisa”, empregado pelo dispositivo mencionado, se presta a destacar que a publicidade não necessita ser total, ou seja, não é mister que contenha todos os elementos do futuro contrato ou todos os componentes da oferta, podendo alguns daqueles dados serem definidos quando do futuro contrato, entretanto, os elementos dela constantes obrigam e veiculam desde de sua divulgação.

⁵⁴ TOMASETTI, Alcides Júnior. op. cit., p.64.

⁵⁵ PARANÁ. Tribunal de Alçada. Sexta Câmara Cível. “O art. 31, do CDC, e sua interpretação doutrinária não deixam dúvida de que se o fornecedor de serviços lança mão de propaganda abrangente e irrestrita, deixando para delimitar sua responsabilidade em posterior contrato de adesão, cujo inteiro teor somente é levado ao conhecimento do consumidor depois que ele já adquiriu o serviço, responde pelo que ofertou, ou seja, por não prestar ao segurado ‘atendimento domiciliar’ e ‘remoção em ambulância’. Escorreita a decisão singular quando concluiu que a cláusula contratual que dispõe acerca da ‘remoção inter-hospitalar’ deve ser compreendida como ‘remoção em ambulância’ genericamente ofertada na publicidade, desconsiderando-se as limitações previstas no regulamento do plano de saúde”. Ac. nº 16791. Relatora Juíza Anny Mary Kuss, 16.02.2003.

⁵⁶ COSTA, Judith Martins. op. cit., p. 438-439 “O que importa destacar, contudo, são os deveres instrumentais, ou laterais, ou deveres acessórios de conduta, deveres de conduta, deveres de proteção ou deveres de tutela, expressões todas que se reportam, direta ou indiretamente, às denominações alemãs *Nebenpflichten* (Esser), a qual é predominante na doutrina de língua portuguesa, *Schultzpflichten* (Stoll) e *weitere Verhaltenspflichten* (Larenz), uma vez que ter sido a doutrina germânica a pioneira em seu tratamento.

Esses deveres, assinala Mario Julio de Almeida Costa são derivados ou de cláusula contratual, ou de dispositivo de lei *ad hoc* ou da incidência da boa-fé objetiva. Podem situar-se autonomamente em relação à prestação principal, sendo ditos ‘avoluntarísticos’ nos casos de inidoneidade da regulamentação consensual para exaurir a disciplina da relação obrigacional entre as partes. São ditos, geralmente, deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses, e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor”

Por conseguinte, não é qualquer mensagem publicitária divulgada pelo fornecedor que gera responsabilidade pré-negocial, também dita, pré-contratual, a qual constitui a autuação contemporânea da *culpa in contrahendo*⁵⁷, é imprescindível que tal informação contenha a aludida qualidade essencial, qual seja, a precisão suficiente, materializada no mínimo de concisão, por isso, que o exagero (*puffing*), geralmente, não possui força vinculante.⁵⁸

A oferta publicitária, na construção do Direito do Consumidor, vem dotada de rigorosa irrevogabilidade, pela qual o ato criado não desaparecerá do mundo jurídico por vontade unilateral do fornecedor, como acontece na contratação convencional, uma vez criado e válido, terá efeitos, pelo menos o da vinculação.⁵⁹

Desta feita, o fornecedor que promete e não cumpre, se equipara àquele que oferta ao público consumidor e se reposiciona sem usar a forma prevista em lei, ambos sofrendo os efeitos do estado de sujeição, gerado pela declaração inicial de vontade exarada. Caso a aceitação já tenha ocorrido ou tal conduta negocial inadequada do fornecedor tenha causado prejuízo ao consumidor, em face da quebra da confiança, responde o primeiro na esfera dos efeitos jurídicos do contrato.⁶⁰

Vale ressaltar, ainda, que na base da vinculação decorrente da publicidade se encontra a responsabilidade pela confiança despertada pela atividade dirigida e profissional exercida pelo fornecedor, concomitantemente, com o já mencionado princípio da transparência, que exige veracidade nas informações transmitidas aos consumidores, ambas constituindo derivações de boa-fé objetiva, contemplada no artigo 4º, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor.

⁵⁷ “A expressão *culpa in contrahendo* é ainda mais utilizada, o que se deve, certamente, ao peso da sua origem. Modernamente, contudo, a doutrina tem preferido as designações responsabilidade pré-contratual ou responsabilidade pré-negocial, uma vez que essa figura não se limita aos fatos lesivos apenas culposos, podendo exigir-se o dolo, averiguando-se, ainda, os casos de responsabilidade objetiva, por fato alheio. Entre as denominações responsabilidade pré-contratual e responsabilidade pré-negocial, por sua vez, a doutrina mais rigorosa dá preferência à última, uma vez que o problema ultrapassa o domínio dos contratos, podendo abranger os negócios jurídicos unilaterais e os atos-fatos (ou atos existenciais)” (Ibid., p.472).

⁵⁸ BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcelos. *et al.* op. cit., p.232

⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima, *Comentários...*, p.411

⁶⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Processo nº 2003.01.1.057978-4. Relator João Egmont Leôncio Lopes. 26.11.2003.

As conseqüências práticas da modificação no conceito de oferta aparecem claras na regra do artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a responsabilidade do fornecedor pelo descumprimento do princípio da vinculação da oferta, possibilitando três alternativas ao consumidor: a) exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação publicidade⁶¹; b) aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; c) rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, momentaneamente atualizada, e a perdas e danos.⁶²

Para o Prof. Adalberto Pasqualotto,⁶³ a recusa do fornecedor propriamente dita existe apenas na primeira hipótese, quando este não quer cumprir o que consta na oferta, apresentação ou publicidade veiculada, ensejando ao consumidor o direito de exigir o cumprimento forçado desta. Enquanto, na segunda hipótese de aceitação de outro produto ou serviço, facultada ao consumidor, se faz supor alguma forma de impossibilidade de cumprimento.

Destaque-se que em qualquer situação de recusa de cumprimento da oferta pelo fornecedor, motivada ou não, a lei outorga ao consumidor pretensão ao cumprimento, inclusive, no caso de erro ou equívoco inocente deste⁶⁴. E, ainda, que a impossibilidade de cumprimento deve ser superveniente a oferta e absoluta, tanto nas obrigações de fazer como de dar.

⁶¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Processo nº 2002.01.1.061556-8, já citado, assim ementando: “Conseqüentemente, apuradas a abusividade e enganiosidade da oferta difundida pela vendedora, impõe-se, em conformação com o relacionamento havido entre as partes e com as formulações legais que o regra, disciplinando suas conseqüências, prescrevendo a vinculação da fornecedora de bens à oferta que difundira e qualificando a propaganda que veiculara como enganosa, sua sujeição ao cumprimento coercitivo do que havia propagandeado como forma de seduzir o recorrido a adquirir o apartamento que acabara por comprar, devendo, pois, se compelida a repetir o equivalente aos custos da consumação do negócio concertado, temperando-se seu comportamento de conformidade com o legalmente tolerado de forma a ser restabelecida a comutatividade e higidez do avençado na forma prometida, consoante dispõe o artigo 35, inciso I, do Estatuto Legal em tela”.

⁶² PARANÁ. Tribunal de Alçada. da Segunda Câmara Cível. “A prestação de serviço diverso do divulgado por operadora turística, cujos clientes aderem em confiança as informações prestadas, são suscetíveis de indenização quando acarretam despesas extraordinárias pelo não correto fornecimento do serviço”. Ac nº 9914, Relator Fernando Vidal de Oliveira, 20.05.1998.

⁶³ PASQUALOTTO, Adalberto. op. cit., p.105.

⁶⁴ A doutrina brasileira majoritária não aceita a alegação do fornecedor de erro ou equívoco inocente na mensagem publicitária, pois considera o risco profissional, veja por todos BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos, op. cit. p.253-254 e 259.

Em suma, o cediço é que a veiculação de publicidade ou até mesmo as informações prestados ao consumidor, durante a fase de tratativas, integram a ofertam e vinculam o fornecedor, o qual se vê compelido a manter a oferta publicitária nos termos em que foi propagada, em atendimento aos deveres anexos de lealdade, informação e cuidado inerentes a relação de consumo.

3.4 Publicidade Ilícita

São duas as formas básicas de ilicitude da publicidade: a enganosidade e a abusividade. Na primeira o anúncio induz o consumidor em erro, afirmando falsidades ou sonegando informações essenciais acerca do objeto da mensagem. Na segunda, valores socialmente aceitos são deturpados com objetivos meramente comerciais.

O Código de defesa do Consumidor disciplina ambas no artigo 37, ao enunciar que é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. Nos seus parágrafos primeiro e segundo, o dispositivo conceitua cada uma das espécies e no parágrafo terceiro, cuida da publicidade enganosa por omissão, tudo com o intuito de obrigar o fornecedor, que se utilizada da informação publicitária, a respeitar os princípios básicos de transparência e boa-fé nas relações de consumo.

3.4.1 Publicidade Enganosa

A publicidade enganosa, prescrita no artigo 37, §1º, da Lei nº 8078/90, abarca qualquer modalidade de informação ou comunicação inteira ou parcialmente falsa, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor acerca da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros elementos sobre produtos e serviços anunciados, levando-o a adquiri-los, em face de distorção no seu processo decisório.

A principal característica deste tipo de publicidade ilícita, de acordo com o texto do Código de Defesa do Consumidor, é ser suscetível de induzir a erro o consumidor, mesmo através de suas omissões. Segundo a Profª. Cláudia Lima

Marques: “a interpretação dessa norma deve ser necessariamente ampla, uma vez que o erro é a falsa noção da realidade, falsa noção esta potencial formada na mente do consumidor por ação da publicidade. Parâmetro para determinar se a publicidade é ou não enganosa deveria ser o observador menos atento, pois este representa uma parte não negligenciável dos consumidores e , principalmente, telespectadores”⁶⁵.

Na esfera do engano publicitário é considerada falsa a mensagem, na qual inexistente correspondência entre as afirmativas nela contidas e a realidade⁶⁶, podendo ser caluniosa, inteira ou parcialmente. Destaque-se que não há necessidade de correlação entre falsidade e enganabilidade, visto que uma mensagem pode ser falsa e não ser enganosa, assim como pode ser verdadeira, entretanto, enganosa.⁶⁷

Inevitavelmente, dentro do âmbito publicitário, a falsidade acaba se relacionando com a fantasia, a qual objetiva mobilizar as emoções dos espectadores, todavia, deve observar limites de tolerância e bom-senso, lógico, sem sacrifício da criatividade na produção e transmissão dos anúncios, a fim de que as mensagens publicitárias hiperbólicas ou extraordinárias⁶⁸, tais como otimistas, exageradas e as humorísticas não induzam o consumidor a formar uma falsa noção da realidade.

A potencialidade lesiva da mensagem publicitária consiste na capacidade de indução a erro do consumidor, sendo irrelevante para sua caracterização a boa-fé ou má-fé do anunciante, ou seja, o elemento volitivo de quem veicula a mensagem, pois a ilicitude existe, ainda, que não haja a intenção de enganar por parte do fornecedor.⁶⁹ Corroborando Nelson Nery Júnior “Para a caracterização da publicidade enganosa, basta a

⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos...*, p. 676.

⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. “Ostenta-se enganosa a publicidade que, em página inteira de jornal, na parte superior, supermercado lista produtos e preços e, na inferior, com destaque anuncia garantia total extra, seguida de texto com destaque ainda maior, dizendo que a pessoa ganha grátis o produto se encontrá-lo com preço mais baixo junto a concorrente do que o praticado pelo anunciante, como tal entendido (preço praticado) aquele do jornal, e não o da loja sujeito a manipulação instantânea para frustrar o direito do consumidor”.Apelação Cível 70003821626. Relator Irineu Mariani, 05.11.2003.

⁶⁷ PASQUALOTTO Adalberto. op.cit., p.118.

⁶⁸ A exemplo da publicidade veiculada nos comerciais de bebida alcoólica, especialmente, cerveja.

⁶⁹ BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos. op. cit, p. 288.

verificação de sua potencialidade ao engodo, sendo desnecessária a pesquisa da vontade – dolo ou culpa do fornecedor (anunciante, agência ou veículo).⁷⁰

Defende opinião contrária o doutrinador Fábio Ulhoa Coelho⁷¹ ao considerar necessário para caracterização da publicidade enganosa o “dolo intencionalmente voltado a despertar um erro no espírito do consumidor”⁷², contudo, não explicita se está se reportando ao dolo (defeito da vontade) ou dolo (grau de culpa).

Para aferir a nocividade da publicidade que induz a erro o consumidor, *a priori*, além da astúcia da mensagem veiculada, também se considerava as condições do receptor, tendo como critério padrão o denominado consumidor médio, derivado analogicamente do *homo medius*, parâmetro empregado na clássica noção normativa de culpa.

Todavia, como alerta o mestre Adalberto Pasqualotto:

*o critério de consumidor médio, considerado abstrato, é manifestamente impróprio. A sua aplicação prática, nos casos exemplificados da jurisprudência francesa, remete a proteção do consumidor à sua própria diligência e atenção, permitindo, outra vez, que a publicidade seja instrumento de manipulação pública e deixando impunes os anunciantes espertos*⁷³.

O nosso Código de Auto-regulamentação Publicitária, por sua vez, adota o critério do consumidor típico, conforme se infere do boletim nº 32/90 do CONAR, ao decidir que “O anúncio, apesar de tecnicamente correto, pode induzir a erro o consumidor não familiarizado com a terminologia usual na aviação comercial, que não distingue vôo direto de *non-stop*”.

Como já mencionado no bojo do texto existem duas maneiras de se manifestar a enganabilidade publicitária: ativa ou passiva. Esta é denominada publicidade enganosa por omissão e aquela, publicidade enganosa comissiva, enquanto na segunda qualquer

⁷⁰ PASQUALOTTO, Adalberto . op. cit., p.122.

⁷¹ COELHO, Ulhoa Fábio. op. cit., p. 231.

⁷² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. “Não constitui publicidade enganosa a ausência momentânea de cupons que davam direito a sorteio de entradas de cinema, especialmente se designado dia para o recebimento pelo consumidor. Ausência de intuito de enganar, induzir a erro o consumidor”. Apelação Cível nº 70006065809. Relator: Marco Aurélio Heinz. 10.09.2003.

⁷³ PASQUALOTTO, Adalberto. op. cit., p.124.

dado do produto ou serviço prestado se presta a induzir o consumidor a erro, na primeira somente a ausência de dados essenciais acarreta enganabilidade.⁷⁴

Exemplo de publicidade enganosa por omissão é aquela que não informa a limitação para aquisição de produtos em oferta, tal como no caso⁷⁵:

DIREITO DO CONSUMIDOR. AQUISIÇÃO DE CAFÉ EM SUPERMERCADO. LIMITAÇÃO QUANTITATIVA. PUBLICIDADE.

Com efeito, na medida em que a regra geral, disposta no art. 39, I do citado Diploma Legal, veda ao fornecedor condicionar a venda de produtos a limites dessa natureza, salvo justa causa, quando houver exceção à norma, deve o público ser devidamente alertado, sob pena de propaganda ser considerada enganosa por omissão...impõe-se que qualquer restrição quantitativa à aquisição de bens em promoção – que, afinal, atraem o público à empresa – conste expressamente no anúncio promocional respectivo, sob pena de omitir-se dado essencial, cuja ignorância por certo influência grande parte dos consumidores na escolha de com quem contratar

Igualmente, configura-se omissivo o anúncio publicitário que se abstém de informar ao consumidor que o teste realizado no produto não é verdadeiro, levando-o a enxergar uma simples imitação ou demonstração simulada (*mock-up*) como se fosse teste efetivamente efetuado pelo anunciante.⁷⁶

Quanto aos efeitos civis, precisamente, responsabilidade decorrente da veiculação de mensagem publicitária enganosa, considerando que a lei consumerista institui uma presunção de culpa do fornecedor⁷⁷, só se elide mediante a comprovação de caso fortuito, em outras palavras, que uma situação externa à vontade deste e aos seus auxiliares, imprevisível e irresistível, tornou a publicidade enganosa.

3.4.2 Publicidade abusiva

⁷⁴ Artigo 37, parágrafo 3º do CDC “a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial de produto ou serviço”.

⁷⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70000966085. Relator Jorge Alberto Schreiner Pestana.

⁷⁶ BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos. op. cit., p. 299.

⁷⁷ Artigo 38 do CDC - “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. Veja, nesse sentido, jurisprudência do TA/PR, Ac. nº 15163, Sétima Câmara Cível, Rel. Juiz Miguel Pessoa, j. 22.11.2002.

A publicidade abusiva, prevista pelo parágrafo 2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, se materializa quando valores sociais básicos e a própria sociedade como um todo são agredidos pela mensagem publicitária veiculada, a qual afeta a incolumidade física e moral dos consumidores.

O próprio artigo 2º do Código de Auto-regulamentação Publicitária, visando coibir a prática deste tipo de publicidade ilícita sugere que “todo anúncio deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar, de forma depreciativa, diferenciações sociais decorrentes de maior ou menor poder aquisitivo dos grupos a que se destina ou que possa eventualmente atingir” em complemento o artigo 20 do referido diploma esclarece que “nenhum anúncio deve favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade”.

O potencial de abusividade da publicidade deve ser mensurado dentro do contexto social em que é feita, levando em conta os valores éticos e também morais do público-alvo.

O parágrafo 2º do artigo 37 da Lei nº 8078/1990 identifica, através de rol não taxativo, 08 (oito) modalidades desse ilícito: a publicidade discriminatória de qualquer natureza; a que incite à violência; a que explore o medo; a que explore a superstição; a que se aproveite de deficiência de julgamento e experiência da criança; a que desrespeita valores ambientais; a que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de maneira prejudicial ou perigosa à sua saúde.

A publicidade discriminatória é aquela que discrimina o ser humano, sob qualquer ângulo ou pretexto, ou seja, que propaga, insinua ou sugere tratamento diferenciado às pessoas, em afronta ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput*, CF)⁷⁸, bem como aos direitos individuais e coletivos assegurados na Lei Maior (art. 5º, inc. I, VIII, XLII e XLI).⁷⁹

⁷⁸ Art. 5º, *caput* da CF - “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

⁷⁹ *Vide* art.5º, inc I, VIII, XLV e XLI da CF.

Igualmente é considerada abusiva a publicidade que encoraja a prática da violência, aqui entendida, como sinônimo de agressividade, utilização de força bruta, seja do homem contra o homem, seja do homem contra os animais e até mesmo contra os bens públicos.⁸⁰ Por exemplo a publicidade do fabricante de armas que ressalta a violência cotidiana das grandes cidades ou a estimula, a fim de que as pessoas adquiram seu produto.⁸¹

Outras formas viciosas de publicidade são aquelas que se aproveitam do medo e da superstição das pessoas persuadindo-as a adquirirem os produtos anunciados (amuletos, talismãs, poções, etc), sendo que a primeira modalidade funciona como verdadeira coação moral, enquanto, a segunda se vale da credulidade ou da falta de conhecimentos dos adquirentes dos produtos.⁸²

A publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, em outras palavras, da hipossuficiência desta categoria de consumidores em potencial, também, configura-se abusiva⁸³, notadamente, quando visa incutir sentimento de inferioridade nos que não consomem o produto ou serviço anunciado.⁸⁴

Com o avultamento da consciência ecológica caracteriza-se abusiva, por desrespeito aos valores ambientes, a veiculação de mensagem publicitária agressiva ao meio ambiente ou a natureza, por exemplo, o anúncio de motoserra visando comprovar sua eficácia, no qual o anunciante a testa em uma área protegida ou contra uma árvore centenária, bem como o anúncio de produtos que deixam resíduos danosos à ecologia.

⁸⁰ BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos. op. cit., p.302.

⁸¹ Veja o Bol. 27:90 do CONAR, súmula nº 04, impondo restrições a publicidade de arma de fogo, “Anúncio de armas de fogo não deverá ser emocional; não deverá sugerir que o registro do produto seja uma formalidade superada facilmente com os serviços oferecidos pelo anunciante; não fará promoções, não apregoará facilidade de pagamento, redução de preço, etc. Além disso, não será veiculado em publicação dirigida a criança ou a jovens e nem na televisão, no período que anteceder 23h até as 6h. Deverá, por outro lado, evidenciar que a utilização do produto exige treinamento e equilíbrio emocional e aconselhará a sua guarda em lugar seguro e fora do alcance de terceiros”.

⁸² PASQUALOTTO, Adalberto. op. cit., p.130-131.

⁸³ Confira, nesse sentido, as observações precisas do mestre Adalberto Pasqualotto e artigo 37 do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária

⁸⁴ Exemplo desta conduta publicitária ilícita é citado por COELHO, Fabio Ulhoa, op.cit., p.234 nos seguintes termos: “em 1992, órgão de proteção ao consumidor do Rio Grande do Sul consideraram abusivo o anúncio publicitário de tesouras infantis Zivi, cujo filme de TV apresentava crianças com o ferido produto repetindo eufórica e debochadamente para a tela ‘eu tenho, você não tem’.

A última modalidade de publicidade abusiva enumerada no supracitado dispositivo consiste no abuso publicitário que induz o consumidor a praticar conduta nociva à sua saúde ou segurança, por isso, determinados produtos tem restrições legais em seus anúncios (tabaco⁸⁵, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias), inclusive de cunho constitucional⁸⁶.

Precisamente no tocante a publicidade de tabaco, foi refreada com vigor pela nossa legislação⁸⁷, porém, não foi proibida em todas as hipóteses possíveis, ao contrário, do que acontece em diversos países que a vedam, por inteiro, no sentido de restringir formal e substantivamente, qualquer publicidade deste produto.

Derradeiramente, cabe destacar que a publicidade abusiva configura um ilícito civil, nos mesmos moldes da publicidade enganosa, portanto, a responsabilidade civil pelos danos materiais e morais suportados pelo consumidor (*stricto sensu*, coletivo e equiparado)⁸⁸, em virtude da ilicitude da mensagem publicitária propagada, recai sobre o fornecedor/patrocinador que se utilizou desta de maneira irregular, inadequada e imprópria, independente da aferição de culpa da agência publicitária que veiculou o anúncio ou de outros componentes da cadeia de produção envolvidos⁸⁹.

⁸⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. “A indústria de tabaco, em todo o mundo, desde a década de 1950, já conhecia os males que o consumo do fumo causa aos seres humanos, de modo que, nessas circunstâncias, a conduta das empresas em omitir a informação é evidentemente dolosa, com bem demonstram os arquivos secretos dessas empresas, revelados nos Estados Unidos em ação judicial movida por estados norte-americanos contra grandes empresas transnacionais de tabaco, arquivos esses que se contrapõem e desmentem o posicionamento público das empresas – revelando-o falso e doloso, pois divulgado apenas para enganar o público – e demonstrando a real orientação das empresas adotada internamente, no sentido de que sempre tiveram pleno conhecimento e consciência de todos os males causados pelo fumo. E tal posicionamento público, falso e doloso, sempre foi historicamente sustentado por maciça propaganda enganosa, que reiteradamente associou o fumo a imagens de beleza, sucesso, liberdade, poder, riqueza e inteligência, omitindo ciência aos usuários dos malefícios e, pelo contrário, trabalhando no sentido de desinformação, aliciando em particular os jovens, em estratégia dolosa para com o público, consumidor ou não. Apelação Cível nº 70000144626. Relator Adão Sérgio Nascimento Cassiano, 29.10.2003.

⁸⁶ Art. 220, § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”.

⁸⁷ Leis nº 9.294/96 (Lei Murad) e 10.176/2000 (Lei Serra)

⁸⁸ Saliente-se que consumidor de publicidade são todos (arts. 2º, parágrafo único, 29 e 17) e não só os que consomem ou potencial consumidor – é proteção coletiva e geral, da dignidade da pessoa humana, que é exposta a uma publicidade, e do sentimento geral, que não deve ser “abusado”ou ofendido só para vender mais produtos ou serviços no mercado brasileiro.

⁸⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...*, p.681.

4. PUBLICIDADE NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO CELEBRADOS VIA INTERNET

4.1. Comércio Eletrônico

A revolução tecnológica ocorrida no final do século XX, gerou uma modalidade nova de comércio que desafia as estruturas jurídicas da teoria contratual, o denominado comércio eletrônico, no qual os contratos são celebrados a distância por meio eletrônico (*e-mail* etc), por internet (*on line*) ou por meios de telecomunicação em massa (telemarketing, TV, TV a cabo etc), sem a presença física simultânea das partes contratantes.⁹⁰

Trata-se de um fenômeno comercial plúrimo, multifacetado e complexo, nacional e internacional, que gera no dizer da doutrina italiana “contratos desumanizados” (Oppo) e “sem acordo” (Irti)⁹¹, no qual o fornecedor não teria fisionomia, tampouco, precisaria existir fisicamente ou territorialmente, a exemplo do que acontece nas redes globais de distribuição sem sede fixa.⁹²

Referida modalidade comercial de contratação à distância⁹³, realizada por intermédio de diversos meios eletrônicos, se baseia na transferência eletrônica de informação e inclui, também, o compartilhamento de informação, tanto inter-organizacional quanto intra-organizacional, através de várias formas eletrônicas, como EDI, *e-mail*, formulários eletrônicos, *file transfer*, transmissão de desenhos CAD/CAM, etc.⁹⁴

⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *et al. Código ...*, p.445

⁹¹ Doutrinadores italianos Natalino Irti e Giorgi Oppo citados por Marques, Cláudia Lima. *Contratos...* p. 99.

⁹² *Id.*

⁹³ Na lição do doutrinador francês Michel Vivant⁹³, citado pela Prof. Cláudia Lima Marques, os contratos de consumo à distância no comércio eletrônico apresentam quatro tipos: a) o contrato de acesso técnico às redes eletrônicas (contrato entre consumidor e um fornecedor de acesso – servidores, TVs a cabo e outros); b) o contrato de venda *on line* (venda de produtos materiais, que serão entregues posteriormente no local indicado pelo consumidor e venda de produtos imateriais a serem enviados pelo mesmo meio eletrônico); c) contratos de bens “informativos” (bens totalmente desmaterializados) e d) contrato de prestação de serviço *on line* ou pela Internet (Ibid., p.101)

⁹⁴ <<http://www.webhitcenter.com/portugues/ecommerce.html>>. Acessado em 02 maio 2004.

Os tipos de transações realizadas no comércio eletrônico, de acordo com os participantes, podem ser classificadas como: a) *business to consumer* (B2C - pólos consumidor e fornecedor; b) *business to business* (B2B – ambos os pólos contratantes são empresas) e c) *consumer to consumer* (C2C – ambos os pólos contratantes são consumidores).

Atualmente, a maioria das transações comerciais eletrônicas é efetuada pela rede mundial de comunicação via computadores⁹⁵, através de contratos celebrados no ciberespaço, muitas vezes, com um simples apertar de botão ou movimento do *mouse* (*click agreement*⁹⁶).

A Internet sem dúvida é o maior local de exposição de ofertas de consumo, na época atual, constituindo uma verdadeira vitrine de produtos e serviços para venda direta. Tanto que, presentemente, se pode adquirir, por meio do *e-commerce*, desde de um simples livro a automóveis, passando por serviços de hotelaria e turismo, assim como serviços e produtos mais variados.

A primeira tentativa concreta de proteção às partes contratantes e de regulamentação da enfocada modalidade comercial, surgiu com a Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico (MLEC), publicada pela Comissão das Nações Unidas sobre Direito Internacional Comercial (UNCITRAL), no ano de 1996, órgão encarregado pela padronização mundial do Direito.⁹⁷

O artigo 1º da mencionada lei prevê que seu conteúdo se aplica a qualquer tipo de informação na forma de mensagem eletrônica usada no contexto de atividades comerciais, porém, como é prudentemente destacado, nas notas do dispositivo supracitado, não é afastada qualquer regra interna que se destina à proteção do consumidor.

⁹⁵ Conforme ensina, a propósito, César Viterbo Matos Santolin, o computador pode ser utilizado como simples meio de comunicação, como local de encontro de vontades já aperfeiçoadas ou como auxiliar no processo de formação de vontade, também chamados de contratos por computador *strico sensu* (SANTOLIN, Cesar Viterbo Matos. *Formação e eficácia probatória dos contratos por computador*. São Paulo: Saraiva, 1995).

⁹⁶ São denominados contratos por um clique aqueles que seus termos são aceitos pelo contratante mediante confirmação digital na tela de um monitor, geralmente realizada com o uso de um *mouse*.

⁹⁷ O texto integral da Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico (MCEL) da UNCITRAL está disponível no URL <http://www.uncitral.org/english/text/eletcom/ml-ec.htm>.

Quanto à forma do contrato eletrônico, não há previsão versando sobre exigência de forma a ser cumprida, ou seja, acolhe o princípio da liberdade da forma dos atos jurídicos. Em seu artigo 11 dispõe a referida Lei que: “Salvo disposição em contrário as partes, na formação de um contrato, a oferta e sua aceitação podem ser expressas por mensagens eletrônicas. Não se negará validade ou eficácia a um contrato pela simples razão de que se utilizaram mensagens eletrônicas para a sua formação.”

Adota, também, o princípio da neutralidade tecnológica, ou seja, reconhece que, em relação a assinatura eletrônica⁹⁸, não se pode deixar de prever a adoção de novas tecnologias que possam ser disponibilizadas no futuro. Note-se, por exemplo, a tecnologia de criptografia (assimétrico ou com chaves públicas e o simétrico ou de chaves privadas) que caso se torne obsoleta, estagnaria o comércio eletrônico, por isso, a mencionada lei prefere aceitar a figura da autenticação das mensagens eletrônicas com maior flexibilidade.

O Direito norte-americano, igualmente, tem procurado regulamentar tais relações comerciais. Atualmente, a mais importante forma de regulamentação é a Lei de Assinaturas Eletrônicas no Comércio, em vigor desde 1º de outubro de 2000. Esse diploma legal, também conhecido por *E-sign*, concede à assinatura eletrônica o mesmo *status* legal, ou seja, efeitos jurídicos, da assinatura no papel, desvinculando-se da tradicional exigibilidade deste, acolhendo, portanto, a orientação da Lei Modelo UNCITRAL, quanto à equivalência.

Outra importante regulamentação se encontra nas Diretivas do Parlamento Europeu, que são indicadores das atividades legislativas de cada Estado-membro, em especial, sobre comércio eletrônico há a Diretiva 2000/31/CE, vigente desde 17 de julho de 2000, tal medida iguala os contratos eletrônicos a todos os outros sob o ponto de vista legal e exige que os Estados-membros assegurem que não sejam criados

⁹⁸ Assinatura eletrônica é constituída por um selo eletrônico, é o resultado de um processamento eletrônico de dados suscetível de constituir objeto de direito e de ser utilizado para dar a conhecer a autoria do documento eletrônico como, por exemplo, nos casos de códigos secretos (*password, pin*), da assinatura digitalizada (chancelada eletrônica ou assinatura memorizada por scanner), da criptografia e a chave biométrica.

obstáculos à utilização desses contratos, salvo em casos específicos como, por exemplo, direito de família, sucessório e imobiliário.

No Brasil a Constituição Federal afirma que nosso Estado Democrático de Direito funda-se, entre outros, nos princípios da dignidade da pessoa humana e na livre iniciativa, que devem condicionar a atividade econômica para construção de uma sociedade justa e solidária, nos termos do artigo 3º, inc. I da Carta Magna.

Desta, um dos aspectos relevantes é a defesa do consumidor, quer como um direito fundamental⁹⁹, quer como um dos princípios gerais da atividade econômica¹⁰⁰. Entretanto, apesar da preocupação em se conferir segurança a esse tipo de contratação, inexistem no ordenamento jurídico pátrio dispositivos legais infraconstitucionais específicos à proteção e defesa do consumidor nos contratos celebrados pela Internet.

A principal proposta de regulamentação é o Projeto de Lei nº 4.906/01, que tem dentre outras características, a transnacionalidade, admitindo certificações estrangeiras e a adoção da criptografia assimétrica, bem como determina a aplicação ao comércio eletrônico das normas de defesa e proteção do consumidor vigentes no País.¹⁰¹

4.2 Relação de Consumo no comércio eletrônico

4.2.1 Natureza jurídica da Relação

Segundo a Professora Cláudia Lima Marques, atualmente, denomina-se contratos de consumo “todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços”¹⁰², concepção esta plenamente

⁹⁹ Artigo 5º, inc. XXXII CF - “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”

¹⁰⁰ Artigo 170, inc. V CF - “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social observados os seguintes princípios: V – defesa do consumidor”.

¹⁰¹ Projeto de Lei nº 4906/01 de autoria do Senador Lúcio Alcantara que dispõe sobre comércio eletrônico (projetos pensados: PLs nºs 1.483/99 e 1589/99).

¹⁰² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...*, p. 252.

aplicável ao ambiente virtual, uma vez que presentes os dois pólos integrantes da relação contratual de consumo.

Pelo artigo 2º da Lei nº 8078/90 “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final”. Aludido conceito possui caráter econômico, pois leva em consideração, tão-somente, o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou contrata a prestação de serviços como destinatário final.¹⁰³

Do ponto de vista do elemento pessoal, ou subjetivo, tal conceito qualifica-se como excessivamente amplo, visto que comporta no seu âmbito as pessoas físicas e jurídicas, vale dizer, toda e qualquer pessoa que possui personalidade pode, potencialmente, ocupar esse pólo na relação de consumo.

Na esfera da contratação eletrônica a pessoa jurídica que transaciona virtualmente, *a priori*, é consumidora, desde que utilize a rede mundial de computadores para obtenção de bens e serviços, todavia, quando utiliza a Internet, tão-somente, objetivando agregar os referidos bens à cadeia produtiva não se enquadra na definição de consumidor como acontece na relação contratual de consumo na modalidade tradicional.¹⁰⁴

Contudo, é de se ressaltar a impossibilidade e a dificuldade de fiscalização absoluta e de acompanhamento do destino dado a todos os produtos adquiridos pelos consumidores, via contratos cibernéticos, em face da quantidade, quase imensurável, e da volatilidade das transações comerciais ocorridas na rede mundial de computadores.

Além do conceito de consumidor *strico sensu*, contém a Lei nº 8.078/90 a figura dos agentes equiparados ao consumidor, definidos no parágrafo único do artigo

¹⁰³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *et al.* op. cit., p 27.

¹⁰⁴ Assim ensina Cláudia Lima Marques, concordando com a interpretação da teoria finalista as normas do Código de Defesa do Consumidor, “o destinatário final é o *Endverbraucher*, o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário fático final), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor”(MARQUES, *Contratos...*, p.279)

2º¹⁰⁵, que apresenta caráter de norma genérica, interpretadora, aplicável a todos os capítulos da referida lei, no artigo 17¹⁰⁶, que é aplicável somente à seção de responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto e serviço, e no artigo 29¹⁰⁷, que é aplicável a todas as seções do capítulo V do mencionado código sobre práticas comerciais¹⁰⁸.

A propósito, quando se fala em Internet deve se ter em mente a forma democrática de seu acesso, bem como o universo de pessoas que a freqüentam, logo, o preceito contido no artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor tem efeito tutelar imediato sobre os potenciais consumidores que navegam na rede mundial de computadores, inclusive aqueles que não se enquadram na definição legal de consumidor, mas que estão expostos às práticas comerciais.

Quanto ao outro pólo da relação contratual de consumo, o Código de Defesa do Consumidor define, em seu artigo 3º, fornecedor como: “toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Analisado pelo aspecto do elemento pessoal tal conceito caracteriza-se como de grande extensão, eis que abrange até mesmo os entes despersonalizados. Da perspectiva do elemento objetivo, noção de atividade, fornecedor é a pessoa física ou jurídica, ou ente despersonalizado, que desenvolve qualquer das atividades enumeradas no supracitado dispositivo, desde que o faça profissionalmente.

No universo *on line* aquele que fornece produtos ou presta serviços, se enquadra na sobredita definição legal de fornecedor, visto que não deixa de comportar

¹⁰⁵ Artigo 2º, parágrafo único do CDC - “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

¹⁰⁶ Artigo 17 do CDC - “Para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

¹⁰⁷ Artigo 29 do CDC - “Para os fins destes Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

¹⁰⁸ MARQUES, Cláudia Lima, Contratos..., p.291-293.

tal qualificação por ofertar seus produtos no ciberespaço, tendo apenas como peculiaridade perfazer transações via Internet.

Os provedores de acesso à Internet, ainda que gratuitos, são fornecedores de serviço por excelência, pois sua remuneração é indireta, obtida através da publicidade veiculada pelos seus patrocinadores, *verbi gratia*, mediante a utilização de *banner*, que significa a bandeira publicitária embutida na página da Internet. Destarte, mesmo que o provedor de acesso nada perceba diretamente do consumidor, seu serviço é remunerado, configurando relação jurídica de consumo, que deve amoldar-se às do subsistema do Código de Defesa do Consumidor.

No tocante aos fornecedores estrangeiros que transacionam com consumidores brasileiros, faz-se imprescindível aferir o local de seu estabelecimento físico, o qual não se confunde com seu endereço na Internet¹⁰⁹, pois a solução de eventuais controvérsias envolve confronto entre normas de proteção ao consumidor e regras de comércio mundial.

Em se tratando de fornecedor estrangeiro com estabelecimento físico no exterior, é necessário perquirir da existência de Tratado ou Convenção Internacional, que discipline a matéria, ou de escritório ou representação deste no território nacional. Sobre a última hipótese, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, se posicionou no sentido de que a representação local do fornecedor estrangeiro deveria responder civilmente pelos danos causados ao consumidor, aplicando-se a legislação consumerista nacional, assim ementando:¹¹⁰

DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA (PANASONIC). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR

¹⁰⁹ Na lição de Paulo Henrique dos Santos Lucon, citando Fabio Ulhoa Coelho, “o estabelecimento pode ser considerado, diante das crescentes transformações, físico ou virtual. Essa distinção é feita de acordo com o ‘meio de acesso dos consumidores e adquirentes interessados nos produtos, serviços ou virtualidades que o empresário oferece no mercado. Se o acesso é feito pelo deslocamento destes no espaço até o imóvel em que se encontra instalada a empresa, o estabelecimento é físico, se acessado por via de transmissão eletrônica de dados, é virtual” (LUCCA, Newton de. *et al.* op.cit., p 253-354).

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp nº 63981. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 11.04.2000.

NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA.

I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no fator mercado consumidor que representa nosso País.

II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje 'bombardeado' diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.

III - Se as empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbelhe responder também pela deficiência dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.

IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes.

V - Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos.

Inexistindo Tratado ou Convenção Internacional acerca do tema e ausente qualquer escritório, representação ou assistência do fornecedor estrangeiro em território nacional, aplica-se, a legislação do país onde se encontra o proponente¹¹¹, *a priori*, pois conforme alerta Paulo Henrique dos Santos Lunco:¹¹²

o artigo 17 da mesma Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que a lei e as declarações de vontade estrangeiras não terão eficácia no Brasil quando houver ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes.

Ainda nesse sentido a Constituição Federal, no art. 5º, XXXII estabelece que 'o Estado proverá na forma da lei, a defesa do consumidor'. Com a Constituição de 1988, os consumidores passaram a pertencer à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais. Além disso, o art. 170 V, erige a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica.

No entanto, prudente é concluir, como fez o aludido doutrinador, a vista dos artigos 1º, *caput* e parágrafo 1º da Lei de Introdução do Código Civil que "não se pode afirmar categoricamente que o Código de Defesa do Consumidor será sempre aplicado, principalmente porque algumas ofertas de contratação serão expressamente

¹¹¹ Artigo 9º, § 2º da LICC - "A obrigação resultante do contato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente"

Artigo 435 do CC - "Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto".

¹¹² LUCCA, Newton de, *et.al.* op. cit., p.354

regidas pela lei estrangeira. A questão parece situar-se na validade e eficácia extraterritorial da lei”.¹¹³

Em relação ao produto¹¹⁴, objeto do contrato eletrônico de consumo, ainda que apresente a possibilidade da imaterialidade, porém avaliável economicamente, também é abrangido pela lei consumerista¹¹⁵. Lembrando que, segundo Liliana Minardi Paesini: “... O conceito de produtos e serviços deve ser revisto para adaptar-se à Internet. Uma música ou um livro, ainda hoje, constitui bem físico, quando transmitidos pela Internet numa compra eletrônica transformam-se num serviço...”.¹¹⁶

4.2.2 Vulnerabilidade e Hipossuficiência

Importante destacar, ainda, uma característica presente na relação de consumo, decorrente da flagrante desigualdade das forças contratantes, a vulnerabilidade de uma das partes, a qual constitui o pólo mais fraco da relação contratual, ou seja, o consumidor, haja vista se submeter ao poder de controle dos titulares de bens de produção, os quais determinam no mercado o que produzir, como produzir, e para quem produzir, além de fixarem suas próprias margens de lucro.

Na lição da Prof. Cláudia Lima Marques,¹¹⁷ existem três tipos de vulnerabilidade: a técnica, na qual o comprador não possui conhecimentos científicos sobre o objeto que está adquirindo; a jurídica ou científica, caracterizada pela falta de conhecimentos jurídicos de contabilidade ou de economia, e a fática ou sócio-econômica, onde o fornecedor que por sua posição de monopólio, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele buscam contratar.

¹¹³ id.

¹¹⁴ Nas palavras de José Geraldo Brito Filomeno “produto (entenda-se bens) é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final” (BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos, *et al.op.cit.*, p.44)

¹¹⁵ Artigo 3º, parágrafo 1º do CDC - “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

¹¹⁶ PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet*. Ed. Atlas. São Paulo: 2000, p.48.

¹¹⁷ MARQUES., Cláudia Lima. *Contratos ...*, p.270/273.

No ambiente virtual a vulnerabilidade, qualidade presumida no sistema do Código de Defesa do Consumidor,¹¹⁸ encontra-se presente na necessidade contemporânea e indiscutível de acesso do consumidor à rede mundial de comunicação via computadores, bem como na oferta indiscriminada, abundante e direta que usam os meios de publicidade, entrando diretamente na tela do computador do usuário, numa verdadeira fomentação ao consumo.

Corolário ao princípio da vulnerabilidade do consumidor¹¹⁹, encontra-se a noção de hipossuficiência. Segundo o doutrinador Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamim consumidores hipossuficientes são aqueles “...ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena e avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permita avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo”.¹²⁰

Nessa ótica, poucos são os consumidores que não se enquadram na condição de hipossuficientes, em virtude da tecnologia de ponta empregada e do desenvolvimento avassalador, de proporção desmesurada, experimentado pela rede de computadores e, conseqüentemente, pelo comércio virtual como um todo (*e-commerce, e-business, business to business*).

Acresce, ademais, que a maioria dos consumidores não está ainda verdadeiramente familiarizada com o ambiente cibernético, pelo que o seu deficit informativo natural se estende ainda as questões informáticas, bem como o *modus operandi* da Internet propriamente dita.

Cabe ressaltar, por fim, que o consumidor que decide adquirir produtos ou contratar serviços via Internet não deverá ser beneficiado nem penalizado por tal fato, pois o consumidor internauta não é merecedor de menor nem de maior proteção do que

¹¹⁸ Na manifestação dos autores Ada Pellegrini Grinover e Antonio Herman de Vasconcellos Benjamin "Por ter a vulnerabilidade do consumidor diversas causas, não pode o direito proteger a parte mais fraca da relação de consumo somente em relação a alguma ou mesmo a algumas das facetas do mercado. Não se busca uma tutela manca do consumidor. Almeja-se uma proteção, sistemática e dinâmica" (op.cit., p.07).

¹¹⁹ Artigo 4º, inc. I do CDC - “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”

¹²⁰ BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos. op. cit., p.325.

o consumidor tradicional, antes da proteção a ser concedida deverá se atender à especificidade do meio.

4.3. Oferta eletrônica

Com a revolução tecnológica os fornecedores e prestadores de serviço encontraram na Internet um novo veículo de comunicação que lhes permite divulgar a sua atividade, ir ao encontro de novos clientes e celebrar contratos, ultrapassando as fronteiras geográficas e os limites físicos da divulgação que os meios de comunicação até então impunham.

Para os potenciais consumidores, esta nova situação também se apresenta essencialmente favorável, já que tem acesso a um maior número de informações, ofertas, que lhes permitem escolher, entre as propostas apresentadas, aquelas que considerem mais interessantes. Além disso, beneficiam-se ainda, principalmente, da rapidez e comodidade facultada por este meio eletrônico de contratação.

A despeito das inúmeras vantagens que a Internet pode proporcionar ao consumidor, nem todos eles estão suficientemente esclarecidos para compreender, assimilar e gerir toda a informação que lhes é facultada, principalmente, no que tange a variedade e quantidade de ofertas veiculadas pelos fornecedores.

Sendo assim, a oferta eletrônica deve ser clara e precisa, nos termos do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor, obrigando o fornecedor que a formular, sobretudo, porque se trata de um contrato eletrônico à distância,¹²¹ no qual a presença física das partes é substituída por um conjunto de informações, bem como

¹²¹ Tipos de contratação à distância no comércio eletrônico – Como destaca o professor alemão Norbert Reich, existem pelo menos quatro diferentes constelações de procedimentos para que esta contratação à distância no comércio eletrônico com consumidor se realize: a) ou o consumidor se dirige a um fornecedor conhecido (rede de lojas de eletrodomésticos, de roupas, fabricantes de carros, marcas famosas, etc) por meio eletrônico; b) ou o consumidor encontra a publicidade no site do fornecedor, quando está surfando na internet e se interessa pela oferta;c) ou a publicidade enviada por e-mail leva o consumidor virtual ao sítio de internet do fornecedor; d) ou a publicidade enviada por e-mail já contém o link do fornecedor que o consumidor então acessa; (MARQUES, Cláudia Lima. *et al. Código...*, p. 413)

pela incerteza quanto ao objeto do contrato, ou seja, se este vai ou não corresponder as expectativas e informações recebidas pelo consumidor.¹²²

Nesse sentido, mostra-se fundamental a importância do artigo 4º do Projeto de Lei nº 1.589/99, que dispõe sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital e dá outras providências, nos seguintes termos:

A oferta na contratação eletrônica deve conter claras e inequívocas informações sobre:

- a) nome do ofertante, e o número de sua inscrição no cadastro geral do Ministério da Fazenda, e ainda, em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador;
- b) endereço físico do estabelecimento;
- c) identificação e endereço físico do armazenador;
- d) meio pelo qual é possível contatar o ofertante, inclusive correio eletrônico;
- e) o arquivamento do contrato eletrônico, pelo ofertante;
- f) instruções para o arquivamento e recuperação do contrato pelo aceitante, bem como para sua recuperação, em caso de necessidade;
- g) os sistemas de segurança empregados.

Da mesma feita, citem-se o artigo 6º, que prevê que a oferta pública de bens e serviços deve ocorrer em ambiente seguro, devidamente certificado, o artigo 7º, em cujos termos o ofertante deve transmitir uma resposta eletrônica automática, transcrevendo a mensagem transmitida anteriormente pelo destinatário e confirmando o recebimento da aceitação, e o artigo 8º, que objetiva minimizar o problema da correspondência comercial não solicitada (*spam*), prevendo que o envio de oferta por *e-mail*, sem prévio conhecimento do destinatário, deve permitir a este identificá-la como tal, sem que seja necessário tomar conhecimento de seu conteúdo.¹²³

Conforme se infere do teor dos supracitados dispositivos, mencionado projeto de lei tem por objetivo oferecer mais segurança às relações negociais, na medida em que ratifica a utilização da legislação consumerista existente e acrescenta pontos necessários à nova realidade de se transacionar produtos.

Igualmente, a fim de remediar as limitações decorrentes da celebração de contratos à distância, em que a falta de informação dos consumidores é um dos

¹²² MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos Contratos Eletrônicos de Consumo*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 158

¹²³ *Ibid.*, p.159-160.

elementos que conduz ao desequilíbrio de forças entre as partes contratuais, o legislador da Comunidade Européia estabeleceu no artigo 4º da Diretiva 97/7/CE, uma série de informações prévias de que o consumidor deve dispor em tempo útil e antes da celebração de contratos à distância.

A primeira informação exigida se refere à identidade do fornecedor, uma vez que o consumidor tem interesse óbvio de saber com quem pretende contratar e qual o seu endereço, para, caso seja necessário, poder contactá-lo, em qualquer fase da negociação. A importância da identificação correta e completa do fornecedor é primordial, pois este poderá se sentir tentado a dar apenas ao consumidor a indicação do seu endereço eletrônico, informação que é manifestamente insuficiente, em face da facilidade com que se pode desligar de um endereço e adotar outro ou não adotar nenhum.

A segunda informação apontada no mencionado dispositivo faz menção às próprias características essenciais do bem ou do serviço, as quais devem ser descritas de forma suficientemente completa, de modo que o consumidor fique habilitado a tomar uma decisão consciente e esclarecida no momento da celebração do contrato. Também, se exige informações sobre o preço do bem ou do serviço, já com os impostos incluídos, as despesas de entrega, as modalidades de pagamento, bem como acerca do uso e o custo da utilização da técnica de comunicação¹²⁴.

Segundo o mesmo artigo da Diretiva, outrossim, o consumidor deve ser informado das modalidades de entrega ou de execução, do prazo de validade da oferta ou do preço, da duração mínima do contrato, em caso de contratos de fornecimento de produtos ou da prestação de serviço de execução continuada ou periódica, e da existência de direito de rescisão.¹²⁵

Além destas informações, deverá o fornecedor, em obediência ao artigo 4º, nº 2, da Diretiva 97/7/CE, dar conhecimento aos seus destinatários dos objetivos comerciais que regem as mensagens difundidas, identificando-as claramente como tal.

¹²⁴ O artigo 5º, nº 02 da Diretiva 2000/31/CE estabelece expressamente que os Estados-membros devem assegurar que, sempre que os serviços da sociedade de informação indiquem preços, essa indicação seja clara e inequívoca, incluindo as despesas físicas e de entrega.

¹²⁵ MARTINS, op.cit.,p.160.

Acrescenta, ainda, este dispositivo que estas informações devem ser fornecidas de maneira clara e compreensível.

No texto da Diretiva sobre comércio eletrônico (2000/31), por sua vez, esta indicação surge reforçada e complementada, ao estabelecer o artigo 6º que as comunicações comerciais de um serviço da sociedade de informação devem ser claramente identificáveis como tais: a pessoa por conta de quem é feita a comunicação comercial; as ofertas de caráter promocional, concursos e jogos promocionais, bem como as indicações para neles participar.

O mesmo artigo 4º, nº 2, finalmente, dispõe que as mencionadas informações, ditas preventivas ou preliminares, devem ser fornecidas por um meio adequado à técnica de comunicação utilizada e respeitar, especificamente, os princípios básicos da lealdade nas transações comerciais e de proteção dos incapazes.¹²⁶

Enfim, o que se almeja mundialmente com tais normas é impedir a informação deficiente do consumidor, a qual poderá ser evitada, ou minorada, se estes, antes da celebração do contrato, e antes do pagamento do preço respectivo, tiver acesso a um vasto leque de informações que lhe permitam tomar uma decisão (minimamente) livre e esclarecida quando da celebração do negócio jurídico.

4.3.1 Modalidades de oferta eletrônica

No que tange as modalidades da oferta eletrônica, oriundas dos diferentes métodos empregados na rede mundial de comunicação via computadores, Internet, leciona Guilherme Magalhães Martins:¹²⁷

- a) Segundo o esquema de oferta ao público, ou seja, pela proposta *ad incertam personam*, dirigida à pessoa determinável, desde que o *site* contenha todos os elementos essenciais do negócio, constituindo-se, efetivamente, a proposta;
- b) entre o proponente da contratação de bens e serviços e um sujeito determinado (diversamente do que ocorre na oferta ao público), que figura como destinatário da proposta, normalmente formulada por meio de correio eletrônico (*e-mail*);
- c) a partir da publicidade, desde que suficientemente precisa, outrora considerada, segundo a visão tradicional em matéria de formação dos contratos, como mero convite a contratar ou

¹²⁶ *Ibid.*, p.160-161.

¹²⁷ *Ibid.*, p.168.

negociações preliminares, situação essa que ocorre quando o *site* não contém todos os elementos essenciais a proposta contratual, ocorrendo uma inversão da posição ocupada pelas partes: o proponente passava a ser, com efeito, o adquirente do bem ou serviço, e o fornecedor tornava-se o aceitante, reservando-se a concluir o contrato.

Na primeira modalidade a oferta torna-se perfeita a partir da sua inserção no *site*, o que permite seu conhecimento por parte dos possíveis consumidores. Saliente-se que tal espécie não se restringe apenas aos *sites* abertos, abrange também aqueles cujo acesso é limitado aos usuários registrados em função de serviços exclusivos, desde que o número destes exclua a contratação *intuitu personae*.¹²⁸

Em relação a publicidade, também, pode ser veiculada nas modalidades da letra “a” e “b”, em outras palavras, via correio eletrônico (*e-mail*) ou por meio do mecanismo de oferta ao público, admitindo, neste último caso, uma continuidade comunicativa mais duradoura, podendo vir a ser disponibilizada sempre que o usuário acesso o respectivo *site*.¹²⁹

4.3.2. Publicidade como oferta

Tradicionalmente, a oferta é uma manifestação de vontade unilateral, por meio da qual uma pessoa/proponente faz conhecer ao oblato sua intenção de contratar e as condições essenciais do contrato (proposta/policitação).

No Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, o conceito de oferta é visto sob o prisma da sociedade de consumo em que as ofertas não são mais individualizadas e cristalinas, e sim, constituem sinônimo de *marketing* incorporando todos os métodos e instrumentos que aproximam o consumidor dos serviços e produtos colocados no mercado pelos fornecedores.

Aludidas técnicas vinculam a oferta não apenas aos métodos de venda pessoal, como às coletivas e difusas, às promoções de vendas e a própria publicidade, tanto que a legislação consumeirista traça normas específicas em relação à oferta e a publicidade como modalidade desta (capítulo V do CDC).

¹²⁸ Id.

¹²⁹ Ibid., p. 170.

Nos termos do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor a publicidade, quando suficientemente precisa, tem efeitos jurídicos de oferta contratual obrigatória, em outras palavras, seu conteúdo passa a integrar automaticamente o negócio jurídico entabulado, como se fosse uma cláusula contratual extra, obrigando nos seus termos o veiculador do anúncio.¹³⁰

Destarte, a oferta publicitária que é séria, completa e inequívoca, no direito brasileiro, distingue-se do mero “convite a fazer oferta”, que consiste na comunicação não vinculatória por parte do fornecedor durante a fase das negociações preliminares, de sua disposição a contratar, posto que desperta a confiança dos consumidores, além de conter os elementos essenciais a oferta.

As normas do Código de Defesa do Consumidor sobre oferta e publicidade aplicam-se naturalmente a todos os contratos celebrados via Internet, impondo os mesmos deveres de conduta de boa-fé aos fornecedores do mercado eletrônico.¹³¹ Por isso, qualquer apresentação de produtos e serviços em uma *home page* é considerada, no direito brasileiro, não apenas uma *invitatio ad offerendum*, mas sim uma oferta vinculatória.¹³²

¹³⁰ Veja, a propósito, o capítulo II deste estudo.

¹³¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. , Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, “CIVIL – CONSUMIDOR – COMPRA E VENDA DE APARELHO CELULAR VIA INTERNET – NÃO ENTREGA DA MERCADORIA – DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS – SOLIDARIEDADE PASSIVA DO SITE QUE DISPONIBILIZA A REALIZAÇÃO DE NEGÓCIOS E RECEBE UMA COMUSSÃO DO VENDEDOR/ANUNCIANTE, QUANDO CONCRETIZADO O NEGÓCIO. 1. Doutrina. ‘Os contratos de fornecimento de produtos ou de prestação de serviços, dos quais constituem exemplo aqueles celebrados entre provedores de acesso a internet e os seus clientes, encontram-se sujeitos (...) às mesmas proteções ordinariamente dirigidas à tutela dos consumidores, em relação à eventual aquisição de bens no mundo real (...) Não se pode olvidar que os contratos realizados pela Internet são contratos de adesão, daí porque as limitações na interpretação de tal espécie contrato são, evidentemente, aplicáveis. Por isso é que devem ser consideradas nulas todas as disposições que alterem o equilíbrio contratual das partes, ou que liberem unilateralmente as partes de suas obrigações legais, como é o caso das cláusulas de não indenizar’ (Vitor Fernandes Gonçalves, A Responsabilidade Civil na Internet, R. Dout. Jurisp. TJDF 65, pág.86). 2. O serviço prestado pela ré, de apresentar o produto ao consumidor e intermediar negócio jurídico por meio de seu site e receber comissão quanto o negócio se aperfeiçoa, enquadra-se nas normas do Código de Defesa do Consumidor (art.3º, § 2º, da Lei nº 8078/90)”. Apelação Cível nº 2003.03.1.014088-5.Relator: Juiz João Egmont Leôncio Lopes, 11.02.2004.

¹³² CARVALHO, Ana Paula Gambogi. Contratos via Internet, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p 81.

Cumpra ressaltar, portanto, que diverso do preconizado na teoria contratual clássica a obrigatoriedade da oferta não pode ser suprimida ao livre arbítrio do fornecedor. Isso porque as normas do Código Civil estipulam direitos disponíveis, os quais possuem caráter eminentemente supletivo, enquanto os preceitos da Lei nº 8.078/90 são de ordem pública, cogentes e de interesse social.¹³³

Deste modo, o fornecedor ao disponibilizar em sua *home page* todas as informações relevantes sobre o produto oferecido, inclusive limite da oferta ao estoque que ele pode efetivamente cumprir, prazo de validade da oferta, preço e qualidades do produto ofertado, deve tomar cuidado para difundir apenas dados verídicos e corretos, a fim de que possa adimplir a obrigação gerada.

Como a *home page* tem um caráter dinâmico, é imprescindível que as informações na tela sejam inteligíveis, permanecendo o tempo necessário para que o consumidor capte, leia e compreenda o conteúdo da mensagem, assim, o fornecedor deve cuidar para que não haja na tela do computador outros sinais ou imagens que distraiam a atenção do consumidor ou que lhe turvem o conhecimento das qualidades do produto ou do serviço anunciado e, acima de tudo, que tais dados relevantes sejam disponibilizadas antes da celebração do contrato.

As conseqüências pelo descumprimento da publicidade, como da oferta em geral, após a formação da relação jurídica de consumo, encontram-se previstas no artigo 35, incisos I, II e III do Código de Defesa do Consumidor, como visto no item 3.1 do capítulo II, referente à obrigatoriedade da oferta publicitária, onde foram mencionadas as alternativas do consumidor no caso de inobservância do princípio da vinculação da oferta.¹³⁴

¹³³ Ibid., p. 83.

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Câmara. “Consumidor. Recurso especial. Publicidade. Oferta. Princípio da vinculação. Obrigação do fornecedor. – O CDC dispõe que toda a informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como o integra o contrato que vier a ser celebrado. – Constatado pelo eg. Tribunal a quo que o fornecedor através de publicidade amplamente divulgada, garantiu a entrega do veículo objeto de contrato de compra e venda firmado entre o consumidor e uma de suas concessionárias, submete-se ao cumprimento da obrigação nos exatos termos da oferta apresentada”. REsp 363939/SP, versando sobre venda *on line* de veículo automotor. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 04.06.2002.

Como a mensagem publicitária vence facilmente as barreiras impostas pelas fronteiras, através da Internet, inopinadamente, e o consumidor tem acesso a anúncios difundidos que lhe possibilitam tomar conhecimento de todo o conteúdo apresentado por uma loja virtual, deve atender ao princípio da identificação da mensagem, albergado no artigo 36 do CODECON, valendo-se como paradigma do modelo delineado no direito comparado, mormente, na legislação comunitária (Diretivas 97/7/CE e 2000/31).¹³⁵

Quanto à ilicitude da publicidade via Internet, é de se destacar que se consubstancia de maneira semelhante à publicidade veiculada através das outras formas de mídia (televisão, rádio, periódico, etc) ou de modo peculiar inerente a telemática, a qual consiste na associação da conjugação da tecnologia de telecomunicação com a informática (*spam*, *metatag* e *cookies*, *banners*).

4.4. Spam

Spam consiste no termo pelo qual comumente é conhecido o envio, a uma grande quantidade de pessoas de uma vez, de mensagens eletrônicas não solicitadas, geralmente com cunho publicitário, mas não exclusivamente. Nos Estados Unidos da América, o *spam* é, também, referenciado pela sigla UCE (*unsolicited comercial e-mail/mensagem eletrônica comercial não solicitada*).¹³⁶

É classificado formalmente em duas categorias: as que não possuem objetivos comerciais (*spam latu sensu*) e as que o têm (*spam stricto sensu*). Materialmente, o *spam* pode ser típico, através de envio massivo de *e-mails*, e atípico, envio de um único *e-mail*.¹³⁷

Para efeitos de civis e consumeristas, pouco importa que se trate de um *spam stricto sensu típico*, remessa de *e-mails* comerciais a uma infinidade de destinatários,

¹³⁵ Vide o parágrafo 3 do Capítulo III do presente estudo, versando sobre oferta eletrônica

¹³⁶ Sobre o histórico do *spam* (mensagem eletrônica não solicitada) ver artigo disponível na <http://informatica.terra.com.br/virusecia/spam/iterna>

¹³⁷ NETO, Amaro Moraes e Silva. O Spam e o Direito Brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, nº 19, out/dez 2002, p.47-61.

ou de um *spam lato sensu* atípico, um *e-mail* não comercial enviado a um único destinatário, tais diferenças formais e materiais se prestam apenas para a determinação da tipificação penal.

O mero recebimento da correspondência eletrônica enfocada, tampouco, seu volume caracterizam o *spamming*.¹³⁸ O que particulariza a sua ilicitude, contravencional, penal, consumerista ou civil é o fato da mensagem não ter sido solicitada pelo *webnauta*. Por conseguinte, caso o destinatário tenha, eventualmente, visitado uma *website* e se inscrito em determinada lista para receber informações sobre determinados produtos ou talvez tenha se inscrito em um *newsgroup*¹³⁹, não há que se falar em *spamming*.

O *spam* também se caracteriza quando os dados foram espontaneamente fornecidos pelo usuário, mas o volume de mensagens eletrônicas for em excesso (saturação da caixa postal) ou divorciado de seus propósitos, pois quando as informações são transmitidas aos fornecedores de produtos e serviços, se pressupõe que serão utilizados apenas na situação objeto da contratação *on line* entabulada.

Cumprido destacar, por oportuno, que se o receptor de tais dados repassá-los a terceiro, responde solidariamente com aqueles que remeterem o *spam*. Assim, por exemplo, se os dados foram necessários para identificar o comprador, será ilícita a conduta de quem repassa esses dados a terceiro que têm como objetivo precípuo de atulhar *e-mails* com suas mensagens publicitárias, respondendo de forma solidária entre o fornecedor de dados e o remetente de *spam*.¹⁴⁰

Para um *spammer* remeter sua indesejável mensagem a milhares de pessoas é mister que disponha de uma base de dados, na qual conste, pelo menos, o *e-mail* dos cidadãos, ou melhor, das eventuais vítimas de seu embaraço eletrônico, sendo que mencionado banco de dados, via de regra, é adquirido, cedido ou formado ilicitamente.

¹³⁸ *Spamming* é a ação de enviar *spams*.

¹³⁹ *Newsgroup* é um grupo de discussão criado com o objetivo de trocar informações sobre um assunto específico. Apesar de se sua intrínseca utilidade, por vezes, se torna um estorvo para o usuário da rede, particularmente, quando é tentado o cancelamento da sua inscrição.

¹⁴⁰ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral na internet*. São Paulo: Método, 2001, p.158.

A compra ou cessão ilícita da base de dados pode se processar mediante a aquisição de *e-mailing lists*, bem como quando os dados oferecidos espontaneamente em determinado *website* são cedidos a terceiros, a título gratuito ou oneroso, ambas as práticas não possuem consentimento do usuário.

Para a formação ilícita da mencionada lista de endereços eletrônicos, se valem os autores de diversos expedientes, dentre eles, participam de *chat-rooms* ou *newgroups*, onde se apropriam, dissimuladamente dos endereços eletrônicos de seus participantes, visitam *websites* que disponibilizam endereços *on-line* e se valem de *spiders*¹⁴¹ para coletar e-mails na rede.¹⁴²

Nas referidas hipóteses as informações são obtidas sem conhecimento e autorização dos destinatários, sendo assim a banco de dados do *spammer* é ilegal, nos moldes da legislação de proteção ao consumidor, portanto, o *spamming* também o será.

Outra matéria prima para criação da lista dos *spammers* encontrada nos *websites* é o denominado *cookie*¹⁴³, que se constitui em um pequeno arquivo, que via de regra, é gravado no *hard disk* e utilizado pela memória RAM enquanto o internauta navega na *web*, em outras palavras, é um arquivo gravado no computador visitante do *site* que o acessa, a fim de obter informações deste.

Aliás, mencionada técnica configura publicidade enganosa por omissão, quando o usuário do *website* não é notificado previamente da presença de tais fichários e não lhe é requerido o seu consentimento, pois, nessa hipótese, a página a ser acessada esta omitindo dado essencial do serviço.¹⁴⁴

Com efeito, sem sombra de dúvida, muitos dos usuários que acessam determinadas páginas da *web*, pensariam duas vezes antes de fazê-lo novamente se

¹⁴¹ *Spiders* (aranhas, em inglês) são softwares que realizam buscas na *web* (teia, em inglês)

¹⁴² NETO, Amaro Moraes e Silva, op. cit., p.49.

¹⁴³ Conforme ensina Ricardo Luis Lorenzetti “*cookies* são fichários de dados gerados através das instruções que os servidores *web* enviam aos programas navegadores e que são guardados num diretoria específico do computador do usuário. É um instrumento para obtenção de dados sobre os hábitos de consumo, frequência de visita a uma seção determinada, tipo de notícias a suprir” (LUCCA, Newton de., et al. op. cit., p.445).

¹⁴⁴ De acordo com Antônio Hermam de Vasconcellos e Benjamim dado essencial é definido como aquele que “tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio jurídico” (op.cit., p.273).

estivessem cientes de que seu *hard disk* seria infectado por esse tipo de arquivos e que suas informações pessoais poderiam estar, a partir daquele acesso, indo compor um banco de dados, o qual, por sua vez, não se sabe para que destina, tampouco, se está resguardado por qualquer proteção contra invasões de terceiros ou utilizações indevidas.

Com a sofisticação dos *e-mails* com HTML (*Hiper Text Mark up Language*), os *spammers* começaram a se valer de meios de intrusão mais complexos, por exemplo, do *spyware*¹⁴⁵, o qual possibilita o acesso e acoplamento dos bancos de dados, por meio dessa tecnologia colocam programas de monitoramento no disco rígido do computador da vítima.¹⁴⁶

Finalmente, também, existem os ataques dos *hackers*, que, após, quebrarem as bases de segurança de determinado *website* ou computador pessoal, obtêm acesso ilegal as informações, delas se apropriando, a fim de formarem suas próprias *e-mailing lists*.

Visando coibir o *spam*, algumas empresas provedoras de acesso à internet agem por sua própria conta e sem o consentimento do usuário, filtrando determinados *e-mails* que vêm em massa, sob o pretexto de evitar aborrecimentos aos consumidores de seus serviços, entretanto, aludida conduta é claramente ilegal, haja vista que implica em nítida censura à liberdade de expressão consagrada constitucionalmente.¹⁴⁷

Igualmente, ilegal é a utilização de filtros impeditivos de envio de *e-mails* em massa que, necessariamente não se confundem com *spam*, pois a aplicação deste filtro, em tese, viola diversas prerrogativas civis e constitucionais ao exercerem, *a priori*, os provedores esse tipo de censura prévia.¹⁴⁸

¹⁴⁵ *Spywares* são softwares espíões inseridos furtivamente nos computadores por meio de determinados *softwares* ou por meio de *e-mail*.

¹⁴⁶ NETO, Amaro Moraes e Silva. op.cit.,p.59.

¹⁴⁷ Artigo 5º, inc. IX da CF - “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença.

¹⁴⁸ Ibid., p.52.

Sobre esse assunto, o Eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se manifestou no acórdão da lavra do e. Des. Voltaire de Lima Moraes, assim ementando¹⁴⁹:

AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. PROIBIÇÃO DE ENVIO DE MENSAGENS ELETRÔNICAS. SPAM MAIL.

Não havendo prova nos autos do agravo que permita concluir no sentido da presença do *fumus boni juris*, ou seja, de que as mensagens eletrônicas não caracterizam *spam mail*, razão pela que não podem ser coibidas, a liminar cautelar pretendida, para vê-las liberadas, mostra-se inviável. Agravo de Instrumento desprovido.

Colhe-se, por oportuno, do bojo do v. acórdão a fundamentação do voto divergente proferido pelo e. Des. Bayard Ney de Freitas Barcellos, nos seguintes termos:

Não ingressando na discussão de mérito, eis que relativa ao uso (e possível abuso) de nova tecnologia, capaz de estabelecer comunicação quase instantânea com milhares de pessoas, e, ao mesmo tempo, dificultar a comunicação pelo excesso de mensagens e informações circulando incessantemente, tenho que, limitada a análise à questão da liminar, é de ser acolhido o recurso.

O prejuízo para o agravante é evidente. Como jornalista, está impedido de expedir o seu 'jornal eletrônico', restando manietado na sua atividade profissional.

Por outro lado, o despacho que indeferiu a liminar, ora recorrido, refere falta de informações quanto ao contrato mantido entre as partes e levanta a hipótese de que a empresa ré poderia estar autorizada a sustar o serviço mantido com o autor.

Pois bem, se dúvida existia quanto aos termos do contrato e o direito da agravada de sustar unilateralmente de sem aviso prévio o serviço prestado mediante pagamento, nada mais natural que viesse a recorrida aos autos para esclarecer a situação.

Todavia, o eminente relator concedeu à agravada esta oportunidade e nada foi respondido pela empresa estatal ao Tribunal de Justiça. A conclusão é no sentido de que não existe fundamento para a sustação do serviço, pelo menos nestes autos. Até por isto, o eminente relator entendeu de conceder a liminar pleiteada, reconsiderando decisão anterior.

Tenho, assim, que nada foi alterado, e a agravante exercia um direito seu e foi tolhido pela prestadora de serviço, sem qualquer explicação ou justificativa. Presente, portanto, a suspeita de represália da empresa estatal por eventuais críticas ao Governo do Estado.

Nestas condições, deve ser mantida a liminar, provido o recurso, sem prejuízo de que, comparecendo a ré e apresentando cabais justificativas para seu proceder, a questão possa ser decidida de outra forma, no seu mérito.

¹⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Primeira Câmara. Agravo de Instrumento nº 70003519782. Relator: Des. Voltarie de Lima Moraes. 19.05.2002).

Enfim, o combate à proliferação do correio eletrônico não solicitado, tem estado na agenda dos legisladores de diversos países, assim como na lista de prioridades das empresas de tecnologia e segurança de infra-estruturas de rede. A crescente disseminação do número de mensagens de correio eletrônico não solicitadas transforma o *spam* num problema que, no futuro próximo, poderá afetar a produtividade global, além de pôr em causa a própria Internet.

No Brasil, inexistente legislação própria sobre o assunto, porém, recentemente, projeto de lei nº 021/2004, de autoria do Senador Duciomar Costa, recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. Referido projeto anti-*spam* privilegia o regime de “opção de inclusão”, também designado por *opt-in* e, se aprovado, tornará ilegal qualquer tipo de envio de mensagem comercial não solicitada.

A Comissão Européia, por sua vez, aprovou em junho de 2002 Directiva 2002/58 relativa à privacidade e às comunicações eletrônicas, na qual definiu claramente o combate ao *spam*, proibindo, em escala comunitária, a veiculação de comunicações eletrônicas comerciais não solicitadas que tenham como destinatários pessoas singulares.

4. 5. Metatag

Metatag em si pode ser definido como uma palavra-chave ou expressão, que fornece uma descrição que pode ser captada e utilizada pelos instrumentos de busca na Internet, assinalando assim o *site* a que corresponde, ou seja, uma vez detectada pelo instrumento de busca, este dirige o internauta a esse *site*.

A mecânica ardilosa utilizada pela referida técnica eletrônica, basicamente, é a seguinte: toda vez que o usuário escrever a palavra-chave ou expressão em questão, aparece a página de determinado fornecedor de produtos e serviços, propositadamente associada ao termo digitado na busca, com base em informações sobre as expressões

mais empregadas pelos navegantes, ainda que não tenha qualquer relação direta com o objeto da busca.¹⁵⁰

Como esclarece o doutrinador Ricardo Luis Lorenzetti:

“Conseqüentemente, quem projeta a página pode incluir nela alguma das palavras mais empregadas pelos usuários, conforme a informação dada pelos sites de busca, de modo que cada vez que o usuário escreva essa palavra apareça a página, embora não tenha relação direta com essas palavras: são usadas palavras ligadas a sexo nas marcas de produtos e empresas mais solicitadas”¹⁵¹.

Na prática isso ocorre, porque as empresas que fabricam os instrumentos de busca celebram contratos com anunciantes, no qual pactuam a publicidade mediante ligação com determinadas palavras-chaves. Assim quando o usuário busca um determinado gênero de produto, aparece a publicidade veiculada pela empresa comercializadora daquele produto, porém, pode se ir mais além, e surgir à publicidade de uma empresa concorrente.

Tal comportamento pré-negocial do fornecedor, visando atrair o navegador da *web* por intermédio do uso pérfido dos *metatags*, deve ser repellido e punido, pois a inserção na página de palavras-chaves desvinculadas do conteúdo do *site* induz a erro o consumidor, o qual, tão-somente, acessará aquela página na expectativa de localizar produto ou serviço relacionado a palavra pesquisada.

¹⁵⁰ MARTINS, Guilherme Magalhães. *op.cit.*, p.178

¹⁵¹ LUCCA, Newton de. *et. al.* *op. cit.*, p.441

CONCLUSÃO

1) A publicidade, nos dias atuais, tem preponderante finalidade comercial, pois visa captar a atenção do público consumidor, informando ou persuadindo, divulgando, promovendo o produto ou serviço e estimulando o consumo, ou seja, constitui um ato negocial de um profissional consciente no mercado de consumo massificado.

2) O Código de Defesa do Consumidor regula as atividades de fornecimento que tentam atrair o consumidor para a relação contratual, motivando-o a adquirir seus produtos e a usar os serviços que oferece. Regula, destarte, a oferta feita pelo fornecedor, incluindo aqui, também, a publicidade veiculada por ele (arts. 30 a 38 da Lei nº 8.078/90).

3) De acordo com o artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor, qualquer informação publicitária divulgada, na fase de negociações preliminares, que precisar elementos da contratação, como por exemplo, objeto, preço, forma de pagamento, local do cumprimento da obrigação, etc, qualifica-se como oferta vinculante.

4) Com a revolução tecnológica ocorrida no século XX os fornecedores encontraram na Internet, modalidade de contratação à distância, um novo veículo de comunicação que lhes permite divulgar a sua atividade, ir ao encontro de novos clientes e celebrar contratos, ultrapassando as fronteiras geográficas e os limites físicos da divulgação. Os consumidores, por sua vez, tiveram acesso a um maior número de informações e ofertas, que lhes permitem escolher a proposta mais interessante, além de se beneficiarem da rapidez e comodidade facultadas por este meio eletrônico de contratação.

5) Apesar das inúmeras vantagens que a Internet pode proporcionar aos potenciais consumidores, nem todos eles estão suficientemente esclarecidos para

compreender, assimilar e gerir toda a informação que lhes é facultada, principalmente, no que tange a variedade e quantidade de ofertas veiculadas pelos fornecedores.

6) A flagrante debilidade dos consumidores justifica a aplicação de medidas de proteção jurídica quando da celebração dos contratos em que a Internet serve de veículo de comunicação, as quais, no entanto, devem se adaptar e adequar às especificidades decorrentes da utilização desta, como se infere dos projetos de lei em trâmite no país, bem como da legislação alienígena.

7) As normas do Código de Defesa do Consumidor se aplicam a todos os contratos celebrados via Internet, impondo os mesmos deveres de conduta de boa-fé aos fornecedores do mercado *on line* (dever de informar, identificação do fornecedor, transparência em todas as fases contratuais) .

8) A oferta eletrônica deve ser clara e precisa, nos termos do artigo 30 da Lei nº 8.078/90, obrigando o fornecedor que a formular. Destarte, qualquer apresentação de produtos e serviços em uma *home page* é considerada, no direito brasileiro, não apenas uma *invitatio ad offerendum* (convite a contratar), mas sim uma oferta vinculatória.

9) As medidas protecionistas do consumidor relativas a publicidade, que identificam um comportamento desleal do fornecedor, através de práticas comerciais que agridem os consumidores com o objetivo de os induzir a comprar, por exemplo, o envio de comunicações publicitárias não solicitadas via correio eletrônico (*spam*), também devem ser adotadas.

10) As regras protecionista do consumidor vigentes no ordenamento jurídico pátrio, permitem solucionar as questões relacionadas aos contratos eletrônicos de consumo celebrados via Internet, entretanto, legislação específica deve ser elaborada, a fim de se regulamentar às peculiaridades decorrentes da utilização desta contratação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA**, Carlos Ferreira de. Conceito de publicidade. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, nº 349, p.115-314, out. 1985
- ALMEIDA**, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- ASCENSÃO**, José de Oliveira. *Estudos sobre direito da Internet e da sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2001.
- BARBAGALO**, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*, São Paulo: Saraiva, 2001.
- BELLEFONDS**, Xavier Linant de. *A informática e o Direito*. Coleção Jurídica Internacional. Lisboa: GBA Editores, 2000
- BENJAMIN**, Antônio Herman de Vasconcelos. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- _____. *O princípio da vinculação da oferta publicitária*. Ministério Público Paulista, São Paulo, nº 04, p.7-8, mar/abr.1995.
- BEVILÁQUA**, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil – Comentários*. t. I. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975.
- BITTAR**, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- _____. *Direito de autor na obra publicitária*, São Paulo: RT 1981, p.73
- CAMPOS**, Maria Luiza Andrade Figueira de Sabóia, O Direito estatutário do CONAR, *Revista de Direito Civil*, vol.38, p.103-157.
- CARVALHO**, Ana Paula Gambogi. *Contratos via Internet*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- CASTRO**, Martha Rodrigues de, A oferta no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.04, nº 15, p. 57-76. jan/mar.2001.
- CENEVINA**, Walter. *Publicidade e Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 1991.
- CERQUEIRA**, Tarcisio Queiroz. *A Regulamentação da Internet no Brasil*. Disponível em <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto>>.

- COELHO**, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. vol. 02, 5ª ed. ver. e atual., São Paulo: Saraiva, 2002.
- COSTA**, Judith Martins. *A Boa Fé no Direito Privado*. São Paulo, Ed. RT, 1999.
- FILOMENO**, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 7ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2004.
- GRECO**, Marco Aurélio e outros. *Direito e Internet – Relação Jurídicas na Sociedade Informatizada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
 _____ *Internet e Direito*. São Paulo: Ed. Dialética, 2000.
- LEITE**, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LOBO**, Paulo Luiz Netto. *A informação como direito fundamental do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.10, nº 37, p.59-76, jan/mar.2001.
- LUCCA**, Newton de; **SIMÃO FILHO**, Adalberto (coordenadores). *Direito & Internet – Aspectos Jurídicos Relevantes*. Bauru. SP: EDIPRO, 2000.
- MARQUES**, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O Novo Regime das Relações Contratuais*. 4ª ed.. São Paulo: Ed. RT, 2002.
 _____ . **BENJAMIM** Antônio Herman de Vasconcellos; **MIRAGEM** Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º e 74º - aspectos materiais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MARTINS**, Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via Internet*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- MARTINS**, Plínio Lacerda. *Anotações ao Código de Defesa do Consumidor: (Lei 8070/90) conceitos e noções básica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- NETO**, Amaro Moraes e Silva. *O Spam e o Direito Brasileiro*. Rev. Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal. Brasília, nº 19. p.46-61, out/dez 2002.
- OLIVEIRA**, Marcelo Leal de Lima. *A aurora na formação dos contratos oferta e aceitação do clássico ao pós-moderno*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v.04, nº 15, p. 242-272, jul/set.2003.
- PASQUALOTTO**, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT,1997.

PEASANI, Lílana Minardi. *Direito e Internet*. São Paulo: Ed. Atlas. 2000.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral na Internet*. São Paulo: Método, 2001.

STUBER, Walter Douglas; MONTEIRO, Manoel Ignácio Torres; NOBRE, Lionel Pimentel. Questões Jurídicas Relacionadas à Internet, *Revista de Direito Mercantil*, n 120, p.147-164, out./dez. 2000

TIMM, Luciano Benetti. A prestação de serviço bancário via internet (home banking) e a proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.10, nº 38, p.74-92, abr/jun 2001.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. Oferta contratual em mensagem publicitária – regime do direito comum e do código de proteção ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 04, p. 243-255.1992.

_____. O objeto de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 04, p.52/89,1992.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

SUMÁRIO	iii
RESUMO	iv
1. INTRODUÇÃO	1
2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERNET	4
2.1 Histórico.....	4
2.2 Aspectos Jurídicos.....	7
2.3 Regulamentação da Internet no Brasil.....	8
3. PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	12
3.1 Conceito jurídico de publicidade.....	12
3.2 Princípios da Publicidade.....	13
3.2.1 Princípio da Identificação.....	14
3.2.2. Princípio da Transparência da Fundamentação.....	17
3.3 Efeitos da Publicidade.....	21
3.3.1 Obrigatoriedade da Oferta	21
3.4 Publicidade Ilícita.....	27
3.4.1 Publicidade Enganosa	27
3.4.2 Publicidade Abusiva.....	30
4. PUBLICIDADE NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO CELEBRADOS VIA INTERNET	34
4.1. Comércio Eletrônico	34
4. 2. Relação de Consumo no Comércio Eletrônico	37
4.2.1 Natureza jurídica da relação.....	37
4.2.2 Vulnerabilidade e Hipossuficiência.....	42
4. 3. Oferta eletrônica.....	44
4.3.1. Modalidades de oferta eletrônica.....	47
4.3.2. Publicidade como oferta	48
4.4 Spam	51
4.5. Metatag	56

5. CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	60