

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar a oferta sob a ótica de elemento inicial à formação dos contratos e diferenciá-la no que diz respeito às relações amparadas pelo Direito Civil e Direito do Consumidor. Pretende ainda, dar enfoque às relações negociais atuais, as quais se formam e se concretizam no meio eletrônico; eis que uma característica fundamental dos tempos recentes de pós-modernidade. A relevância temática da pesquisa se dá em razão da adequação do tema ao dia-a-dia de todo e qualquer cidadão, os quais vivenciam a oferta nas relações negociais por eles perpetradas, em vários ramos do direito e em qualquer um dos polos negociais.

Palavras-chave: Oferta. Direito Civil. Direito do Consumidor. Proposta. Publicidade. Responsabilidade.

ABSTRACT

This study aims to analyze the offer as the initial element of the formation of contracts and to differentiate it in the transactions sustained by Civil Law and Consumer Law. It also aims to focus on the current business relationships, which are set up on the internet, as a key feature on the current times of postmodernism. The relevance of the research is the suitability of the subject on a day-to-day of every citizen, who have hold the offering in their business relationship, in several areas of law, and in any part of a negotiation.

Keywords: Offer. Civil law. Consumer law. Proposal. Advertising. Liability.

*Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelas FMU. Especialista em Administração de Empresas pela FGV/Ceag. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Mater Dei. Bacharel em Direito pela Faculdade Mater Dei. Curso de Extensão em Estratégia e Marketing pela University of La Verne – CA. USA. Advogada. Docente nas disciplinas de Direito Civil do Centro Universitário FMU/SP.

Introdução

De acordo com GONÇALVES “O contrato resulta de duas manifestações de vontade: a *proposta* e a *aceitação*. A primeira, também chamada de *oferta*, *politicção* ou *oblação*, dá início à formação do contrato e não depende, em regra, de forma especial”.¹

Neste sentido, em análise ao ensinamento de GONÇALVES supra, concluímos que a proposta é o elemento inicial do negócio jurídico, e numa interpretação *strito sensu*, dos contratos.

A proposta cria, portanto, um vínculo jurídico entre as pessoas do proponente e do oblato; a qual uma vez não cumprida, gera o dever de indenizar. E é nesse sentido de obrigatoriedade que ela se diferencia das negociações preliminares; pois estas assumem uma natureza não vinculatória, representando apenas meras sondagens, estudos, especulações e debates; enquanto aquela é firme, pontual e clara no sentido de demonstrar a intenção de finalizar um negócio jurídico.

Não há que se questionar a adequação do tema à realidade do leitor, pois os negócios jurídicos fazem parte do dia-a-dia de qualquer cidadão, esteja ele em qualquer lugar do mundo. O tema está presente em todo e qualquer tipo de negociação, seja ela relacionada às relações de consumo, empresariais, trabalhistas ou civis. E, como diz o brocardo popular, já que “o combinado não sai caro”, faz-se salutar estudar os efeitos que a proposta traz às partes por ela atreladas.

Outrossim, com o advento da sociedade pós-moderna e os meios massificados de comunicação, dentre os quais podemos citar as ferramentas de comunicação utilizadas com o acesso da internet (*e-mails*, canais de conversas interativas como *skype*, *messenger*, páginas pessoais como *blogs*, *twiter*, *facebook*, *flirck*, sites de compra coletiva, *e-commerce*, sites de publicidade entre outros) temos que os negócios jurídicos assumem uma proporção

muito mais ampla e global; trazendo alguns questionamentos que esperamos ver respondidos pelo presente estudo.

A pesquisa delimitou o tema, passando a abordar os aspectos jurídicos da oferta sob a ótica do Direito Civil e do Direito do Consumidor, buscando trazer os conceitos, as diferenças, a regulamentação; bem como os questionamentos mais atuais sobre o tema, numa ótica da sociedade pós-moderna.

1. Conceito e Diferenças entre Oferta, Proposta e Publicidade

O dicionário Priberam da língua portuguesa *online* define oferta como sinônimo de promessa, a qual assume o seguinte significado: “declaração em que se anuncia a outrem ou a si mesmo uma ação futura ou intenção de dar, cumprir, fazer ou dizer algo”².

Proposta, de acordo com o Dicionário Houaiss da língua portuguesa, em uma de suas várias definições (a mais adequada para o contexto em discussão), significa “oferecimento de dinheiro ou outro bem em troca de algo; oferta. Declaração de vontade pela qual uma pessoa propõe à outra a conclusão de um contrato”³.

No transcorrer da pesquisa, passaremos a verificar que os termos oferta, proposta e publicidade, para fins de vínculo do proponente, assumem significados muito próximos; muito embora, o nosso ordenamento jurídico passe a adotar o termo proposta como referência aos negócios jurídicos amparados pelo Direito Civil e os termos oferta e publicidade, vinculados às relações de consumo, mais precisamente.

Outrossim, é de fundamental importância diferenciar a natureza jurídica da oferta/proposta no âmbito das relações jurídicas amparadas pelo Código Civil daquelas amparadas pelo Código de Defesa do Consumidor, pois diferenciam-se no que diz respeito ao momento de vinculação.

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71.

² <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=promessa>, acesso em 15 de dezembro de 2010 à 20:30 hrs.

³ HOUAISS, Antônio. **Dicionário brasileiro inglês-português**. Englewood cliffs: Prentice-Hall, 1999. 2 v. 23 cm (Encyclopaedia britannica do Brasil).

O Direito Civil dispõe sobre as relações jurídicas de Direito Privado, ou seja, os negócios realizados entre particulares. O Código de Defesa do consumidor regula as relações jurídicas de consumo, transações de produtos e serviços entre consumidores⁴ e fornecedores⁵.

Enquanto a proposta no Direito Civil assume características de negócio jurídico privado, anúncio restrito; a oferta no Direito do Consumidor é mais ampla pois é massificada e dirige-se ao público em geral e para a contratação em massa.

A nomenclatura adotada pelo Código Civil para fazer menção ao elemento inicial do negócio jurídico é “proposta” e a nomenclatura adotada pelo Código de Defesa do Consumidor é “oferta” ou “publicidade”.

Passaremos então a adotar as nomenclaturas de proposta para nos referirmos ao elemento inicial do negócio jurídico nas relações civis e os termos oferta e publicidade para nos referirmos ao elemento inicial nas contratações relacionadas ao consumo.

2. A Proposta no Direito Civil e seus Elementos

MONTEIRO define proposta como “o momento inicial da formação do contrato; o ato pelo qual uma das partes solicita a manifestação da vontade da outra”⁶.

E nesse mesmo sentido temos o Código Civil em seus artigos 427 e seguintes, o qual estabelece, na Seção II, intitulada “Da Formação dos Contratos”, regras sobre a formação dos contratos e traz a proposta como passo inicial. Vejamos a redação dos artigos:

Seção II. Da Formação dos Contratos.

⁴ Código de Defesa do Consumidor. Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

⁵ Código de Defesa do Consumidor. Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção,

Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

Art. 429. A oferta ao público equivale à proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.

A validade da proposta deve obedecer aos mesmos requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral, que são, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma adequada ou não defesa em lei.

Sobre esse último requisito, verificamos que a legislação não contempla uma formalidade para a elaboração da proposta, podendo ser oral ou escrita, por instrumento público ou particular. Basta, contudo, que ela seja firme e segura no sentido de deixar cristalina a intenção do proponente em iniciar um negócio jurídico.

Os elementos constitutivos da proposta são todas as informações essenciais sobre o negócio jurídico proposto, tal como objeto, preço, condições de execução, entrega,

transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 29 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997. 2 v. p. 14.

pagamento, existência de eventuais vícios ocultos ou jurídicos.

Conforme interpretação da redação do art. 427 supra, a proposta vincula o proponente em todos os seus termos e a recusa de finalizar o negócio jurídico/contrato, em todos os termos da proposta e gera dever de indenizar ao inadimplente.

2.1. Princípios do Direito Civil relacionados à proposta

Dispõe o art. 244 do Código Civil, *in verbis*: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Verificamos, portanto, que o contrato desde sua formação, ou seja, ações preliminares à sua formação, e nesse sentido a proposta, deve observar os princípios que resguardam os negócios jurídicos e os contratos em geral.

Nesse sentido, o proponente, no momento da manifestação da proposta, deve observar os princípios de probidade, boa-fé, autonomia da vontade, função social e *pacta sun servanda*.

Como princípio da probidade e boa-fé entende-se que o proponente deve agir com lealdade, confiança e transparência, informando ao oblato todas as condições negociais (objeto, preço, condições de execução, entrega, pagamento, vícios) de forma clara, sem artifícios que levem o oblato em erro ou desinformação no momento de manifestação do aceite.

O princípio da autonomia da vontade prevê que as pessoas são livres para contratar e, nesse sentido, determinar conjuntamente as condições negociais das contratações. Dessa forma, entende-se que o proponente tem a liberdade de propor qualquer negócio jurídico desde que lícito e possível.

Há de se ressaltar, contudo, que a função social permanece como limitador à autonomia da vontade, também na proposta. Ou seja, a proposta deve observar o bem comum e a função social do contrato, visando resguardar a sociedade e os direitos coletivos em prol da vontade das partes.

Podemos citar como exemplos da função social do contrato alguns limites legais que são impostos às partes contratantes com o objetivo de resguardar o bem comum, a coletividade, o interesse público ou ainda proteger a parte considerada hipossuficiente na negociação. São exemplos da função social do contrato o art. 51 da Lei do Inquilinato⁷, o qual torna compulsória a renovação do contrato de locação quando o locatário cumprir determinados requisitos legais anos. Outro exemplo é o art. 504 do Código Civil⁸, o qual proíbe expressamente a venda de parte de bem em condomínio sem a anuência do condômino.

Finalmente, citamos o *pacta sun servanda*, como uma própria interpretação do art. 427 do Código Civil, supra citado, eis que a proposta uma vez manifestada pelo proponente, deve ser cumprida, sob pena de indenização. Ora, se *pacta sun servanda* significa que os pactos devem ser respeitados, por interpretação extensiva, dúvida não há que, da mesma forma, a proposta deve ser cumprida na exata extensão de que fora proferida. Ou seja, todas as condições e singularidades da proposta devem ser mantidas durante o lapso temporal em que a legislação entenda como válido para que o oblato manifeste aceitação.

Outrossim, o entendimento atual é que também na proposta admite-se a flexibilização em razão de eventos extraordinários que venham alterar as condições pelas quais a mesma fora manifestada, de acordo, portanto, com a Teoria da Imprevisão⁹; conforme

⁷ Lei 8.245/91. Art. 52. O locador não estará obrigado a renovar o contrato se: I - por determinação do Poder Público, tiver que realizar no imóvel obras que importarem na sua radical transformação; ou para fazer modificações de tal natureza que aumente o valor do negócio ou da propriedade; II - o imóvel vier a ser utilizado por ele próprio ou para transferência de fundo de comércio existente há mais de um ano, sendo detentor da maioria do capital o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente. 1º Na hipótese do inciso II, o imóvel não poderá ser destinado ao uso do mesmo ramo do locatário.

salvo se a locação também envolvia o fundo de comércio, com as instalações e pertences.

⁸ Art. 504. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto.

⁹ (...) teoria em virtude da qual o juiz deve restabelecer o equilíbrio de um contrato onde as condições de execução tenham sido modificadas em detrimento de uma das partes em seguida a acontecimentos razoavelmente imprevisíveis no momento da conclusão da convenção. ANDRADE, Shakespeare Teixeira. **Comentários Acerca da Teoria da Imprevisão no Ordenamento**

passaremos a analisar no decorrer da presente pesquisa.

2.2. Proposta entre presentes e entre ausentes

A classificação da proposta entre presentes e ausentes, adotada pelo Código Civil, assume fundamental relevância ao analisarmos o contexto em que os negócios jurídicos são formados na atualidade, momento em que se busca a facilidade dos meios eletrônicos para a negociação, favorecendo, conseqüentemente, a contratação entre pessoas fisicamente distantes.

Ainda, a classificação assume importância no que diz respeito aos efeitos jurídicos, uma vez que cada uma das propostas, entre presentes e entre ausentes, apresenta prazo distinto para fins de declaração de aceite e, via de consequência; diferenciam-se no que diz respeito ao prazo de validade da proposta.

Para compreender melhor os efeitos de cada uma, insta destacar a previsão do artigo 428 do Código Civil; vejamos:

Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a **pessoa presente**, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II - se, feita sem prazo a **pessoa ausente**, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente. (grifo nosso.)

O art. 428 do Código Civil, supra, traz duas espécies de proposta: proposta entre presentes, inciso I e proposta entre ausentes, inciso II.

Ambas as propostas se diferenciam da seguinte forma: na contratação entre presentes

as partes mantêm um contato instantâneo e direto; já, na proposta entre ausentes, as pessoas estão separadas umas das outras, sem poder sentir o tom de voz, ver o olhar, sentir as reações e estabelecer uma comunicação instantânea.

O Código Civil adota posturas diferentes com relação às duas formas de contratação, não por valorizar uma em prejuízo da outra, mas em razão da própria natureza jurídica de cada situação, que de *per si* autoriza a aplicação do princípio da isonomia.

Reza o Código Civil que a proposta vincula o proponente desde que aceita imediatamente pelo ouvinte, no caso de contrato entre presentes.

Quanto aos contratos entre ausentes, inexistente expressa regulamentação do prazo-limite para o aceite da proposta. Via de regra, no momento da proposição, deve ser mencionado pelo proponente o prazo de validade da proposta. Contudo, em havendo silêncio pelo proponente quanto ao prazo de aceite; o legislador considera como razoável o tempo suficiente para a resposta chegar ao conhecimento do proponente.

O inciso IV do artigo 428¹⁰ dispõe que o proponente tem direito de retratação da proposta antes ou no mesmo momento em que o destinatário tiver conhecimento da primeira. Esse inciso é muito importante para estabelecer o momento em que a proposta passa a gerar efeitos contratuais e vincular o proponente à obrigação por ele assumida ou ofertada.

Assim, em análise ao respectivo ordenamento jurídico, depreende-se que a proposta somente vincula o proponente após o destinatário ter conhecimento da mesma, desde que não receba anterior ou concomitantemente ao seu conhecimento, uma declaração de retratação.

Sobre a importância da classificação de proposta entre presentes e entre ausentes na determinação do momento da formação do contrato, MULHOLLAND afirma:

Jurídico Brasileiro. Texto retirado do seguinte endereço eletrônico:
<http://www.fag.edu.br/professores/ymjunior/Direito%20Civil-2%20BAPer%20do/teoria%20da%20imprevis%20E3o%2>

0no%20ordenamento%20jur%EDdico%20brasileiro.pdf . Acesso em 18 de julho de 2012, às 17:30 hrs.

¹⁰Código Civil. Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

As regras referentes à formação do contrato dependem do seu momento conclusivo, pois se praticado entre presentes, para tanto sob a tutela do sistema conhecido como o da cognição, o aperfeiçoamento se consolida com a mútua aceitação; se praticado entre ausentes, agora sob a tutela do sistema de agnição, o aperfeiçoamento do contrato ocorrerá com o conhecimento da outra parte.¹¹

Com relação ao momento de vinculação da proposta, destacamos a lição de LOURES e GUIMARÃES:

Ainda não é contrato porque lhe falta a resposta da outra parte, a aceitação ou o *consensus*, elemento essencial para a sua configuração; mas ainda sem a aceitação, se a proposta é feita com seriedade e segurança, além de conter os elementos essenciais do contrato cujo tipo é contemplado em lei, ela vincula o peticitante e torna-se irrevogável, ou irrevogável, se aceita pela outra parte.¹²

Em suma, a proposta entre ausentes, na ótica do Código Civil, para que vincule o contrato, precisa da emissão da resposta pela outra parte. Nesse diapasão estão os ensinamentos de LISBOA, que diferencia a responsabilidade pré-contratual no âmbito civil daquela no âmbito das relações de consumo.

Ele afirma que no âmbito civil, decorrente de contratos personalíssimos, vincula-se somente a partir do recebimento da proposta pela pessoa interessada, e a responsabilização se dá pela não-realização do contrato preliminar que estava sendo negociado; e nas relações de consumo, em decorrência da massificação do contrato, vincula-se a partir do momento da sua veiculação e a caracterização se dá pelo mero descumprimento contratual.¹³

Ressalta-se, contudo, que na prática os tribunais têm se posicionado no sentido de

permitir a retratação da proposta após o aceite da outra parte em caso fortuito ou de força maior que venha impedir ou modificar suas condições.

Sobre o direito de retratação da proposta, no âmbito do Código Civil, convém analisar a decisão proferida em 8 de outubro de 2008, pela 8ª Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento de recurso de Apelação Cível com Revisão, processo n.º 251.512-4/8-00, em conformidade com o voto do Relator Desembargador Luiz Antonio Ambra, em que figura, como Apelante, pessoa física participante de um rodeio, e Apelada, pessoa jurídica, promotora do rodeio.

PROMESSA DE RECOMPENSA – Prêmio ao vencedor de rodeio promovido pela apelada – Prova de que, antes de sua realização, a promessa teria sido alterada, com comunicação aos participantes – Direito de o promitente assim proceder, nos termos da Lei Civil – Improcedência bem decretada, apelo improvido.¹⁴

Nesse mesmo diapasão citamos a lição de GONÇALVES ao afirmar as hipóteses de proposta não obrigatória, vejamos:

A oferta não obriga o proponente, em primeiro lugar, se contiver cláusula expressa a respeito. É quando o próprio proponente declara que não é definitiva e se reserva o direito de retirá-la. Muitas vezes a aludida cláusula contém os dizeres: “proposta sujeita a confirmação” ou “não vale como proposta”. Neste caso a ressalva se incrusta na proposta mesma e o aceitante, ao recebê-la, já a conhece e sabe da sua não obrigatoriedade. Se ainda assim a examinar e estudar, será com seu próprio risco, pois não advirá nenhuma consequência para o proponente se optar por revogá-la, visto que estará usando uma faculdade que a si mesmo se reservou.

¹¹ MULHOLLAND, Caitlin. **Internet e contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 73.

¹² LOURES, José Costa; GUIMARÃES, Tais Maria Loures Dolabela. **Novo código civil comentado**. Belo horizonte: Del Rey, 2002. p. 187.

¹³ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 313 á 316.

¹⁴ Íntegra do acórdão: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 8ª. Câmara de Direito Privado. Apelação no. 251512-48.

Em segundo lugar, a proposta não obriga o proponente em razão da natureza do negócio. É o caso, por exemplo, das chamadas propostas abertas ao público, que se consideram limitadas ao estoque existente e encontram-se reguladas no art. 429 do novo diploma.

E, por último, a oferta não vincula o proponente em razão das circunstâncias do caso, mencionadas no art. 428 do mesmo diploma. Não são portanto, circunstâncias quaisquer, mas aquelas a que lei confere esse efeito¹⁵.

2.3. Proposta no meio eletrônico e a validade da declaração de vontade

ANDRADE, sobre a formação dos contratos eletrônicos, afirma: “o contrato eletrônico, tal como as demais maneiras de contratar, é formado a partir da conjunção de vontades das partes contratantes, que se dá quando o oblato, acendendo à proposta de contrato expedida pelo policitante, manifesta sua aceitação”¹⁶.

Sobre a contratação eletrônica, faz-se necessário levantar a problemática: a declaração de vontade realizada no meio eletrônico é válida? Quais requisitos devem ser considerados para que ela vincule os contratantes? Trata-se de contratação entre presentes ou entre ausentes?

Segundo o disposto no artigo 107 do Código Civil, a declaração de vontade não depende de forma especial para ser válida: “Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

LEAL ensina que no ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da liberdade de manifestação da vontade negocial, a qual pode ser expressa ou tácita.

Verifica-se, no entanto, que a declaração de vontade expressa no meio eletrônico deve ser livre, consciente e o aceitante deve ter todas as informações sobre os detalhes e riscos da contratação, ou seja, deve estar resguardado de vícios de erro, dolo e coação.

Outra questão que se torna pertinente levantar são os negócios jurídicos feitos pela internet, sob a proteção do Direito Civil, excepcionando, portanto, as relações de consumo. Seguindo a linha de raciocínio supra-explanada, questiona-se o momento em que a proposta passa a surtir efeito ao destinatário, nas propostas e nos negócios jurídicos realizados no meio eletrônico.

Nos dizeres de LORENZETTI:

Os códigos oitocentistas partiram do pressuposto de uma contratação entre pessoas fisicamente presentes ou ausentes; neste último caso, existe uma distância geográfica traduzida num tempo de comunicação juridicamente relevante. Nesse aspecto, a contratação eletrônica é celebrada entre pessoas fisicamente distantes, mas o meio utilizado neutraliza a geografia, uma vez que a comunicação é instantânea.¹⁷

O entendimento dos códigos supõe que, se duas pessoas não estão fisicamente presentes, levaria um tempo para o consentimento se aperfeiçoar. Todavia, com o advento das tecnologias informacionais, primeiro com a invenção do telefone, depois do fax e da internet, essa regra passou a estar ultrapassada, pois a distância geográfica deixa de influenciar na contratação. Nesse sentido, nos dizeres de ZAVALÍA *apud* LORENZETTI, “o que interessa não é a distância física, mas a jurídica”¹⁸.

As características da contratação no meio eletrônico são: a) as partes não estão fisicamente presentes; b) o tempo em que se transmitem as propostas pode ser instantâneo ou não.

Conclui-se, portanto, que resta prejudicada qualquer tentativa de fixar uma regra que classifique os contratos eletrônicos como celebrados entre presentes ou ausentes,

¹⁵ GONÇALVES, p. 75.

¹⁶ ANDRADE, Ronaldo Alves. **Contrato eletrônico no novo código civil e no código do consumidor**. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 36.

¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. ISBN 852032583, p. 314.

¹⁸ *Ibid.*, p. 315.

sendo mais adequada a classificação em proposta instantânea ou não instantânea.¹⁹

Vejo o que dispõe o artigo 428, I do Código Civil²⁰ que o contrato por telefone ou por meio semelhante é considerado contratação entre presentes.

MULHOLLAND justifica a posição do legislador ao afirmar:

O contrato celebrado através do telefone é considerado entre presentes, seguindo a orientação de que não se dá importância ao espaço existente entre os contraentes – o fato de não estarem presentes fisicamente – e preconiza a relevância da circunstância temporal, entendendo que o que tem significação para a solução do problema é o fato de que os contratantes, embora não se vejam, podem comunicar-se diretamente, propor e aceitar imediatamente.²¹

Sobre o advento da informática, surge o questionamento: a proposta realizada pela internet é considerada proposta entre presentes ou entre ausentes? DE LUCCA, nesse sentido, afirma: “por meio de comunicação semelhante ao telefone há que se entender, entre outros, a que se estabelece por terminais de computadores”²².

Ao contrário do entendimento de DE LUCCA, e em analogia ao disposto no ordenamento supra, art. 428, I do Código Civil, conclui-se que a proposta feita pela internet, dependendo do programa utilizado, pode ser considerada realizada entre presentes ou entre ausentes ou, na nomenclatura utilizada e preferida por LORENZETTI, de forma instantânea ou não-instantânea.

Tome-se como ponto de partida os programas de conversa como *messenger*, *skype*, *yahoo-messenger*, *whatsapp* entre outros. Fica evidente que as conversas por meio desses programas se equiparam às conversas por

telefone; inclusive com maior eficiência, já que tais tecnologias disponibilizam mais recursos, dispondo inclusive de recursos de voz, imagem, envio de arquivos e criptografia, em tempo real. Não resta dúvida, portanto, que as contratações por esses meios ou meios semelhantes devem ser consideradas contratações entre presentes.

LEAL, sobre a contratação eletrônica, afirma:

a) se a contratação for interpessoal simultânea, ou seja, se permitir a comunicação direta das partes, com a manifestação imediata da vontade do aceitante e do ofertante, como no sistema ICQ, videoconferência, ou similares, considera-se o contrato como entre presentes e formado no momento imediatamente posterior ao da oferta; b) se a contratação foi interpessoal não simultânea, como, por exemplo, por meio de correio eletrônico, o contrato deve ser entre ausentes. Para a formação do contrato entre ausentes o Código Civil Brasileiro adota, nos artigos 428,II e 427, caput, a Teoria da Expedição. Assim, considerar-se-ia formado o contrato no momento em que a mensagem eletrônica é expedida; c) se a contratação for interativa (sem a presença simultânea do fornecedor e do consumidor, mediante o que se convencionou chamar de estado de oferta pública permanente, considera-se o contrato entre ausentes e, nessa condição, concluído no momento em que a aceitação é expedida pelo usuário da internet. d) em sendo intersistêmico o contrato, este se considera formado no momento em que as partes manifestam suas vontades para composição dos sistemas auto-aplicativos que posteriormente serão executados fielmente ao que ficou programado.²³

¹⁹ Ibid., p. 320.

²⁰ Código Civil. Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;

²¹ MULHOLLAND, op. cit, p. 73.

²² DE LUCCA, Newton. Títulos e Contratos Eletrônicos: o advento da informática e suas consequências para a

pesquisa jurídica. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. p. 73.

²³ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via Internet**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 115.

ANDRADE, no mesmo sentido, declara:

A comunicação *on-line*, que a nosso sentir pode ser traduzida como comunicação telemática simultânea, é semelhante à comunicação telefônica, na medida em que permite que duas ou mais pessoas em locais diferentes, distantes ou não, mantenham comunicação como se estivessem no mesmo local, de forma que a mensagem emitida seja imediatamente recebida e conhecida pelo destinatário.²⁴

Nesse sentido vale destacar os ensinamentos de LEAL de que “as salas de conversação ou *chats* permitem a comunicação direta das partes, em tempo real, sendo comparáveis à contratação via telefone, com a diferença de que a mensagem é digitada, podendo ou não vir acompanhada de voz, dependendo do computador e do programa utilizado”²⁵.

No que diz respeito às propostas realizadas por *e-mail*, via de regra devem ser consideradas contratação entre ausentes, pois o *e-mail* se compara a uma correspondência comum, todavia feita por meio eletrônico.

LEAL, nesse sentido, afirma que “o correio eletrônico guarda certa similitude com o correio convencional, em que a pessoa precisa receber e abrir a correspondência para ter acesso ao seu conteúdo.”²⁶

Contudo, devem-se observar duas ressalvas: a primeira delas é sobre os programas de *e-mail* que permitem aos usuários estabelecer uma conversação em tempo real quando ambos estiverem conectados ao mesmo tempo, no mesmo programa de *e-mail*. Nesse caso, essa tecnologia se equipara aos canais de bate-papo e, dessa forma, a contratação deve ser considerada entre presentes.

Outra ressalva, muito comum, se verifica quando duas pessoas contratantes estão conectadas aos seus *e-mails* no mesmo intervalo de tempo e as mensagens enviadas são

simultâneas, embora por correio eletrônico, e os efeitos equivalem àqueles dos canais de bate-papo. Nessa linha de raciocínio, uma vez demonstrada a simultaneidade das mensagens eletrônicas, no mesmo intervalo de tempo, a contratação deverá ser considerada entre presentes, e não entre ausentes.

No que se refere às propostas veiculadas em *blogs*, páginas da internet, *facebook*, e outros canais do gênero, de regra devem ser consideradas propostas entre ausentes, com exceção dos casos em que seja demonstrada a simultaneidade das mensagens entre os contratantes, no mesmo intervalo de tempo, como muito bem fora explanado no parágrafo anterior.

Finalmente, sobre os contratos eletrônicos interativos, aqueles em que a comunicação entre as partes é obtida por meio da interação entre uma pessoa e um sistema aplicativo previamente programado, como é o caso de páginas de venda pela internet; a contratação equipara-se aos contratos a distância porque são realizados com intermediação do computador, sem que as partes possam estar presentes no momento da sua conclusão.²⁷

Outro questionamento que surge com relação aos contratos realizados através da internet é a questão do foro e legislação aplicável à proposta. O questionamento se torna relevante se consideramos um eventual litígio ou recusa do proponente em manter o teor da proposta manifestada.

A problemática trazida deve ser analisada com base na Lei de Introdução à Normas do Direito Brasileiro em seu art. 9º §2º²⁸, que afirma que os contratos são constituídos no local em que residir o proponente. Nesse sentido, devemos aplicar de forma extensiva o entendimento sobre a vinculação da proposta entendendo, portanto, em eventual litígio sobre a proposta, aplicar-se-á a lei do país em que o proponente está situado.

obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

²⁴ ANDRADE, op. cit., p. 39.

²⁵ LEAL, op. cit., p. 86.

²⁶ LEAL, op. cit., p. 86.

²⁷ LEAL, op. cit., p. 87.

²⁸ Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro. Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º Destinando-se a

Sobre a legislação aplicável aos contratos eletrônicos, insta destacar a lição de GONÇALVES:

No entanto, o contrato de consumo eletrônico internacional obedece ao disposto no art. 9º, §2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina a aplicação, à hipótese, da lei do domicílio do proponente. Por essa razão, se um brasileiro faz aquisição de algum produto oferecido pela Internet por empresa estrangeira, o contrato então celebrado rege-se pelas leis do país do contratante que fez a oferta ou proposta.

Finalmente sobre a competência para julgamento, citamos a posição do STJ no Resp 804306, a qual prevê que para contratos internacionais com execução exclusiva no Brasil, deverá ser respeitada a competência brasileira mesmo havendo eleição diversa de foro no contrato; vejamos:

Mesmo que o contrato determine claramente que o foro seja no estrangeiro, contratos executados exclusivamente no Brasil não podem excluir a competência da Justiça brasileira. Com esse entendimento, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) rejeitou o recurso da empresa inglesa RS Components Limited contra a RS do Brasil Comércio, Importação e Exportação Ltda., visando declarar incompetente a Justiça brasileira para dirimir questões contratuais entre as empresas. O voto da ministra relatora Nancy Andrichi foi seguido por unanimidade²⁹.

Outro questionamento no que tange à proposta realizada através dos meios eletrônicos, diz respeito à segurança jurídica da identidade e, via de consequência, da validade da manifestação da vontade. Parece plausível que, nos meios eletrônicos, a identidade do proponente muitas vezes pode resultar duvidosa, haja vista não se poder precisar que a pessoa do próprio proponente esteja naquele

momento, acessando o seu perfil eletrônico ou ainda, se terceiro estaria fazendo uso de sua identidade (nome, foto), sem seu conhecimento.

O que se pretende não é questionar a validade daquela proposta apresentada via procedimento eletrônico em que o proponente faz uso de certificação digital ou assinatura eletrônica, pois essa é inquestionável e assume presunção *iuris et iuris* de validade. A dúvida surge quando o proponente se utiliza de um meio eletrônico ordinário, tal como *e-mail*, *messenger*, *skype*, *blog* ou outro equivalente.

Para esses casos, o entendimento reza no sentido de aplicar a Teoria da Aparência, ou seja, em se fazendo o proponente se comunicar por um meio eletrônico em que ordinariamente costuma fazer uso ou manifestar como seu, ou ainda, em possuindo o canal toda as características de identidade pessoal do proponente (nome, apelido, foto ou outras características), não restaria dúvidas ao oblatu, ter sido a proposta emanada pela própria pessoa do proponente. Resta cristalino que a presunção de validade da declaração de vontade realizada por referidos meios é relativa e admite-se prova em contrário.

Analisaremos em capítulo próprio como a Lei Modelo da Uncitral passa a regular o tema.

2.4. A proposta não obrigatória

Os artigos 427 e 428 do Código Civil apresentam situações em que a proposta deixa de ser obrigatória, liberando o proponente de vincular-se à sua manifestação de vontade.

Nesse sentido temos as seguintes situações de não obrigatoriedade da proposta, vejamos:

- a) Se o contrário não resultar dos termos da proposta. Nesse caso o proponente em manifestar sua vontade inicial de contratar, ou seja, de propor um negócio jurídico, especifica que a mesma não é vinculatória e poderá ser retirada pelo proponente por sua mera discricionariedade. São típicos de propostas não vinculatórias dizeres

²⁹ http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.ws?p?tmp.area=398&tmp.texto=89063, acessado em 26 de março de 2013 às 13:00 hrs.

- como “Proposta sujeita à confirmação”, “A presente não vale como proposta”.
- b) Em razão da natureza do negócio: entende-se que propostas abertas ao público, tal como anúncios de venda de imóvel divulgado em jornal de grande circulação, por exemplo, as quais, por sua natureza, são limitadas.
 - c) Em razão das circunstâncias do caso: entende-se como circunstâncias do caso, requisitos legais que de acordo com GONÇALVES são os requisitos do art. 428 do Código Civil³⁰; ou seja:
 - d) Se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita.
 - e) Se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente.
 - f) Se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado.
 - g) Se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

2.5. Direito Internacional: a proposta e a lei modelo da Uncitral sobre Comércio Eletrônico

A Uncitral, Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, em que o Brasil participa como membro, editou em 1996 a Lei modelo sobre Comércio Eletrônico, em reconhecimento ao aumento recente das transações comerciais através do meio eletrônico, e buscando a segurança jurídica no contexto dos negócios jurídicos realizados através da internet.

A Lei Modelo da Uncitral sobre Comércio Eletrônico³¹ reconhece como válida a formação de contratos comerciais realizados por meio eletrônico, com mensagens de dados, e discute os momentos de sua formação.

Não obstante a legislação ser restrita às relações negociais comerciais, entendemos relevante o estudo eis que regulamenta especificamente os negócios jurídicos firmados

através de mensagem eletrônica, podendo, portanto ser fonte de interpretação analógica às relações negociais sob a ótica do Direito Civil.

De acordo com a Lei Modelo, as mensagens eletrônicas têm o mesmo efeito jurídico que uma declaração de vontade realizada pelos meios ordinários. Nesse sentido mencionam o artigo 5 e artigo 11; vejamos:

Artigo 5 – Reconhecimento jurídico das mensagens de dados. Não se negarão efeitos jurídicos, validade ou eficácia à informação apenas porque esteja na forma de mensagem eletrônica.

Artigo 11 – Formação e validade dos contratos. 1) Salvo disposição em contrário das 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.

No que diz respeito à problemática trazida sobre a dificuldade de identificação dos contratantes através do meio eletrônico, a Lei Modelo em seu artigo 7 é clara ao afirmar que a mensagem eletrônica que utilizar qualquer meio apropriado para identificar as partes substitui a assinatura requerida por lei. Vejamos:

Artigo 7 – Assinatura. 1) Quando a lei requeira a assinatura de uma pessoa, este requisito considerar-se-á preenchido por uma mensagem eletrônica quando: a) For utilizado algum método para identificar a pessoa e indicar sua aprovação para a informação contida na mensagem eletrônica; e b) Tal método seja tão confiável quanto seja apropriado para os propósitos para os quais a mensagem foi gerada ou comunicada, levando-se em consideração todas as circunstâncias do caso, incluindo qualquer acordo das partes a respeito. 2) Aplica-se o parágrafo 1) tanto se o requisito nele

³⁰ GONÇALVES, op.cit., p. 76.

³¹ Trata-se de uma lei modelo das Organizações das Nações Unidas, Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, que objetiva fomentar, harmonizar e unificar o Comércio Internacional e o

Comércio Eletrônico. Íntegra da legislação disponível no site <http://lanzoni.adv.br/lei%20com%20ercio%20eetr%F4n%20ico.pdf>, acesso em 06 de julho de 2011 às 10:30 hrs.

mencionado esteja expresso na forma de uma obrigação, quanto se a Lei simplesmente preveja consequências para a ausência de assinatura.

Ainda, ratificando o entendimento já exposto sobre a aplicação da Teoria da Aparência, para fins de reconhecimento da identidade dos remetentes das mensagens eletrônicas, temos o artigo 13, que considera como representativo da identidade, qualquer tipo de mensagem eletrônica programada em nome do remetente:

Artigo 13 – Atribuição de mensagens de dados. 1) Uma mensagem eletrônica provém do remetente quando haja sido enviada pelo próprio remetente. 2) Nas relações entre o remetente e o destinatário, uma mensagem eletrônica se considera proveniente do remetente se ela foi enviada: a) Por uma pessoa autorizada a agir em nome do remetente no tocante àquela mensagem eletrônica; b) **Por um sistema de informação programado por, ou em nome do remetente, para operar automaticamente.** 3) Nas relações entre o remetente e o destinatário, o destinatário tem direito a considerar uma mensagem eletrônica como sendo do remetente e a agir de acordo em qualquer das seguintes hipóteses: a) Se o destinatário houver aplicado corretamente um procedimento previamente aceito pelo remetente a fim de verificar se a mensagem eletrônica provenha do remetente, ou b) Se a mensagem eletrônica recebida pelo destinatário houver resultado dos atos de uma pessoa cujas relações com o remetente ou com qualquer agente do remetente lhe hajam dado acesso ao método usado pelo remetente para identificar a mensagem eletrônica como sendo sua.

Verificamos, portanto, que uma vez adotado diligência razoável por parte do receptor da mensagem eletrônica, quer por identificação do texto com os dados do remetente, quer por prática reiterada anterior ou ainda quando o próprio remetente divulga o endereço como de sua propriedade; não há que

se falar em dúvida com relação à identidade, entendendo-se que a mensagem tenha sido proveniente da pessoa identificada como remetente.

Concluimos, portanto, que no caso de erro de autoria da mensagem de dados (no caso de uso de *e-mail* de terceiros), o destinatário, agindo com base na boa-fé e no bom senso, tem o direito de reivindicar o cumprimento da proposta; exceto se o erro for grosseiro a ponto de ser deduzido facilmente na transmissão, ou ainda se o destinatário for comunicado do erro de autoria da mensagem.

Outrossim, no que diz respeito ao momento do recebimento da proposta, regulamenta a Lei Modelo que, caso não seja pactuado o contrário, será considerado o momento em que a mensagem entra no sistema de informação do destinatário.

Com relação ao local, a mensagem será considerada expedida do local onde o remetente tenha seu estabelecimento e recebida no local onde o destinatário exercer sua atividade. Havendo mais de um endereço comercial, deverá ser considerado o local que tiver maior relação com a transação a que a mensagem se refere ou, caso não haja transação, deverá ser considerado o lugar principal onde se realizam os negócios. Finalmente inexistindo endereço comercial definido, como opção, a escolha deverá recair no endereço residencial das partes contratantes.

Finalmente, destacamos que o Brasil, por fazer parte da Uncitral, tem a obrigatoriedade de adequar a Lei Modelo ao ordenamento jurídico interno.

3. A Oferta e a Publicidade no Direito do Consumidor e seus Elementos

3.1. Princípios do Direito do Consumidor relacionados à oferta e à publicidade

O Código de Defesa do Consumidor assume posição protetora do consumidor haja vista a hipossuficiência e vulnerabilidade nas relações de consumo. Dessa forma, elenca princípios da relação de consumo e, em especial, princípios sobre a oferta e a publicidade, os quais se encontram assim distribuídos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor:

- a) princípio da boa-fé objetiva (artigo 4, III);
- b) princípio da transparência e informação;
- c) princípio da identificação da publicidade (artigo 36³²);
- d) princípio da vinculação contratual da publicidade (artigos 30³³ e 35³⁴);
- e) princípio da veracidade (artigo 37 § 1º³⁵);
- f) princípio da não-abusividade da publicidade (artigo 37 § 2º³⁶);
- g) princípio da inversão do ônus da prova (artigo 38³⁷);
- h) princípio da transparência da fundamentação publicitária (artigo 36, parágrafo único³⁸);
- i) princípio da correção do desvio publicitário (artigo 56, XII³⁹).

A boa fé deve ser observada tanto na fase pré-contratual, quanto na fase de execução e na fase pós-contratual. Significa a adoção de uma postura ética, leal, honesta e adequada nas relações jurídicas. Nesse sentido é a redação do art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (...).

O princípio da transparência e informação significa clareza quanto à qualidade, conteúdo e especificações do produto a ser vendido, condições de pagamento, taxas, condições de entrega entre outros. A transparência deve ser observada não somente no momento da finalização do contrato de compra, mas também nas campanhas

³² Código de Defesa do Consumidor. Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

³³ Código de Defesa do Consumidor. Art. 30. 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.

³⁴ Código de Defesa do Consumidor. Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento a oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

³⁵ Código de Defesa do Consumidor. Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou por

qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

³⁶ Código de Defesa do Consumidor. Art. 37, § 2º É abusiva, entre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

³⁷ Código de Defesa do Consumidor. Art. 38. O ônus da prova da veracidade e da correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

³⁸ Código de Defesa do Consumidor. Art. 36. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

³⁹ Código de Defesa do Consumidor. Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: XII - imposição de contrapropaganda.

publicitárias, deixando claro os efeitos que o produto pode acarretar ao consumidor (como é o caso de venda de cigarros, por exemplo).

O princípio da identificação da publicidade parte do pressuposto de que a publicidade deve conter dados claros a respeito do fornecedor, do produto ou serviço que está sendo divulgado; de forma que não parem dúvidas ao consumidor a respeito do autor da publicidade. Esse princípio veda a publicidade oculta, por meio de mensagens subliminares ou sem declaração ostensiva da marca.

Trata-se de um princípio de fundamental importância, pois a própria publicidade, por si só, vincula o fornecedor – proponente e sua inobservância implica, *de per se*, inadimplemento contratual. Dessa forma, visa resguardar a segurança jurídica das relações publicitárias, e por ser uma manifestação de vontade produz efeitos jurídicos que devem ser protegidos.

O princípio da vinculação da publicidade está diretamente relacionado ao momento em que a publicidade passa a surtir efeitos jurídicos. Diferentemente do Código Civil, a proposta passa a ter efeitos jurídicos a partir do momento em que o destinatário tem conhecimento dela; a publicidade no ordenamento jurídico do consumidor passa a gerar efeitos jurídicos e a vincular o proponente no momento em que é veiculada, independentemente do conhecimento pelo destinatário.

Sobre o princípio da veracidade é preciso destacar a lição de GONÇALVES:

O princípio da veracidade proíbe a publicidade enganosa. GONÇALVES leciona que a publicidade enganosa pode ser por omissão ou por comissão. “Na publicidade enganosa por comissão, o fornecedor afirma alguma coisa capaz de induzir o consumidor a erro, dizendo alguma coisa que não é verdadeira. Na forma omissiva, o patrocinador deixa de afirmar o que é relevante,

também induzindo o consumidor a erro”⁴⁰.

Segue afirmando que a veiculação de publicidade parcial ou totalmente enganosa é, de per se, capaz de responsabilizar o fornecedor, independentemente de demonstração de dolo, culpa ou má-fé.

O princípio da não-abusividade da publicidade proíbe a publicidade discriminatória de qualquer natureza: que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

GONÇALVES, sobre a responsabilidade decorrente da veiculação de publicidade abusiva, diz que pelo desvio publicitário responde, em regra, o anunciante ou quem o anúncio aproveita, não se excluindo, porém, a responsabilidade da agência e do próprio veículo de comunicação.⁴¹

Com relação à publicidade abusiva em anúncios publicitários veiculados na rede, em analogia aos ensinamentos de GONÇALVES, pode-se afirmar que os provedores de conteúdo, moderadores de grupos e canais, que muito embora não sejam os anunciantes, também respondem pelo desvio publicitário.

O princípio da inversão do ônus da prova tem como pressuposto a hipossuficiência e a vulnerabilidade do consumidor, que não possui a mesma habilidade técnica e conhecimento sobre o produto que tem o fornecedor; bem como, na maioria das vezes, não tem acesso aos dados do produto, da oferta e da compra.

Esse princípio tem como fundamento o artigo 5º da Constituição Federal,⁴² e busca estabelecer uma posição de igualdade entre o consumidor fragilizado e o fornecedor.

MULHOLLAND nesse sentido afirma:

Percebeu-se que com o surgimento da contratação de massa, primordialmente através de contratos de adesão, a desigualdade entre as partes contratantes era cada

⁴⁰ GONÇALVES, op. Cit., p.

⁴¹ Ibid. p.

⁴² Art. 5º 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:

vez mais latente. A inexistência de tratativas e a diminuição na realização de contratos paritários de fato, e em conjunto com a imposição de uma relação contratual onde o conteúdo já está unilateralmente formulado, foram fatores que impuseram a consideração de que, para se alcançar o equilíbrio entre as partes contratuais, seria necessário considerá-las desiguais⁴³.

NOVAIS *apud* MULHOLLAND afirma:

A vulnerabilidade do consumidor está intrinsecamente relacionada à sua posição de aderente, isto é, a partir do momento em que o consumidor se vê tolhido em seu direito de estabelecer o conteúdo contratual, devendo submeter-se ao que foi unilateralmente disposto pela outra parte, ele já se encontra em uma posição de desvantagem que será representada por esta desigualdade na formação do contrato.⁴⁴

O artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁵, que dispõe sobre o princípio da transparência da fundamentação publicitária, estabelece que a oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e 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 à segurança dos consumidores.

Esse princípio tem como base a boa-fé contratual e possui laços estreitos com o princípio da veracidade. Objetiva resguardar o consumidor da má-fé do fornecedor, que por possuir conhecimento técnico sobre o produto, pode omitir ou manipular dados essenciais a respeito dele, que se fossem informados ao consumidor poderiam dificultar a contratação.

Finalmente, o princípio da correção do desvio publicitário busca sanar os malefícios causados pela publicidade originária, podendo

ela ser enganosa, abusiva, discriminatória, imprecisa. Deve o fornecedor, quando da retratação, fazer uso do mesmo veículo de informação, na mesma proporção, utilizando as mesmas características anteriores.

Ressalta-se, no entanto, que não obstante a retratação, o fornecedor tem o dever de reparar os impactos da publicidade sobre os consumidores, bem como de garantir o adimplemento contratual no caso de execução forçada pelo consumidor haja vista a natureza jurídica da publicidade de responsabilidade pré-contratual, conforme passaremos a expor no item a seguir.

3.2. Oferta e publicidade entre presentes e ausentes

Verificamos que a oferta e a publicidade, no que diz respeito às relações de consumo assume um papel muito mais amplo do que a proposta, sob a ótica do Direito Civil, isso porque não é dirigida somente à uma pessoa específica, mas à coletividade e à um público em geral. Da mesma forma, verificamos que a publicidade, além de caráter de oferta, pode assumir características de promoção institucional, ou seja, tem a finalidade não de vender um determinado produto, mas de destacar atributos relacionados à marca ou à imagem da empresa ofertante; a qual queira a longo prazo consolidar-se no mercado de consumo.

Não é a publicidade institucional à que a presente pesquisa se destina, mas sim à publicidade que assume caráter de oferta, ou seja, divulgação de um produto, em qualquer via de comunicação (televisão, rádio, panfletos, *outdoors*, cartas, internet e todas as suas variações, *e-mail marketing*, anúncios em sites de compras coletivas, *pop ups*, entre outros).

Resta claro e cristalino que, quando falamos em publicidade ou oferta sob a ótica das relações de consumo, e nesse sentido é a principal diferença com as relações amparadas pelo Código Civil, temos o cenário de uma oferta pública, direcionada a um público geral,

características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e à segurança dos consumidores.

⁴³ MULHOLLAND, *op. cit.*, p. 37.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 41.

⁴⁵ Art. 31. A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas e em língua portuguesa sobre suas

indeterminado ou determinável por uma categoria.

É nesse sentido que o princípio da vinculação da publicidade passa a ter sentido, pois a mesma vincula o fornecedor no momento em que é divulgada; ao contrário do que estudamos nas relações negociais privadas, amparadas pelo Código Civil, eis que passa a vincular o proponente somente após o recebimento da proposta pelo oblato.

Sob essa mesma ótica, nos parece descabida a classificação da publicidade entre ausentes e presentes, uma vez que a mesma em razão da amplitude e generalidade da oferta, pela sua própria natureza, somente faria sentido sob a ótica de publicidade entre ausentes.

Uma única hipótese que se poderia verificar de publicidade entre presentes, seria aquela espécie de oferta realizada à portas fechadas, em que as ofertas são apresentadas ao público presente no estabelecimento comercial, naquele exato momento da divulgação da oferta.

Verificamos, portanto, que a oferta vincula o fornecedor a partir do momento de sua publicação, nos termos do art. 30 do Código de Defesa do Consumidor; vejamos:

Art. 30. 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.

E nesse sentido surge o questionamento: Até quando o fornecedor deve manter a publicidade? Ela tem um prazo de validade? E no caso dos produtos se esgotarem?

Ora, uma vez se tratando de uma oferta ao público, dúvida inexistente que a mesma deve ser mantida até o prazo de validade do anúncio ou até enquanto perdurar o estoque.

Dessa forma, nos parece, para fins de análise dos efeitos jurídicos, mais relevante analisarmos as condições relacionadas ao aceite ao invés de analisarmos a proposta.

Tal justificativa de análise se dá em razão da redação do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, que diferencia o aceite dado

dentro e fora do estabelecimento comercial, para fins de exercício do direito de retratação.

Nesse sentido vejamos:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

Nesse sentido, para fins de retratação, verificamos que a classificação de contrato entre presentes e ausentes, também muito pouco importa, uma vez que a mesma será devida sempre que o aceite se der fora do estabelecimento comercial, mesmo que por comunicação instantânea, como o caso de telefone ou outros sistemas eletrônicos.

A celeuma surge no que diz respeito às compras adquiridas no estabelecimento comercial eletrônico, ou seja, em sites de empresas que realizam comércio através da internet, nele dispondo seus produtos. Seria o site considerado como estabelecimento comercial?

No que diz respeito às páginas de comércio eletrônico, há aqueles que entendem representar contratação entre presentes, como COELHO, ao defender que “quando compra pela internet, o consumidor está na tranquilidade do lar e, portanto, estaria como que presente, afastando a previsão da norma do

artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor^{46 47}.

ANDRADE compartilha o mesmo entendimento ao afirmar que “o contrato *on-line* é contrato entre presentes e forma-se no exato momento em que o oblato manifesta sua aceitação, já que, em se tratando de comunicação simultânea, ela será imediatamente conhecida pelo ofertante ou policitante”.

Acrescenta que:

Também configura contratação entre presentes a decorrente de oferta pública feita em *site*, pois nesse caso o site funciona como um estabelecimento virtual, que dispõe em um catálogo eletrônico produtos e serviços com dupla função: a primeira, de publicidade, pois quem acessa o site obrigatoriamente visualiza o produto; a segunda, de oferta pública, uma vez que os produtos ou serviços constantes do catálogo eletrônico podem ser adquiridos, bastando para aperfeiçoamento do contrato a aceitação manifestada pelo oblato. Justifica seu posicionamento afirmando que a aceitação pode ser imediatamente recebida pelo ofertante, já que, nesse tipo de relação jurídica, os computadores estão simultaneamente conectados⁴⁸.

LEAL diferentemente vislumbra que os contratos eletrônicos firmados pela internet equiparam-se aos contratos à distância, e a aplicação do prazo de reflexão e a possibilidade do exercício do direito de arrependimento servem para reduzir os efeitos da impessoalidade e satisfação incerta da contratação eletrônica.⁴⁹

De forma também diversa, LIMA entende o conceito de ausente pelo aspecto da distância territorial e da fragilidade do consumidor

adquirente fora do estabelecimento físico do fornecedor.⁵⁰

Verifica-se, no entanto, que o entendimento que prevalece é o da contratação eletrônica, considerada venda fora do estabelecimento comercial, independentemente se realizada entre presentes ou entre ausentes. Nesse caso, o artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor sempre será aplicado. Vejamos sua redação:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou em domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

ANDRADE ensina que:

A relação de consumo mantida por meio de contrato eletrônico, ainda que realizada por comunicação simultânea, caracterizará fornecimento de produto ou serviço fora do estabelecimento do fornecedor, de acordo com o art. 49 do Código de Defesa do Consumidor – ou venda a distância, uma vez que o contrato será concebido – formado – sem a presença física dos contratantes.⁵¹

Justifica sua posição afirmando:

Nas relações efetivadas fora do estabelecimento – local físico onde está instalado o fornecedor –, o consumidor está numa posição

⁴⁶ Código de Defesa do Consumidor. Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou em domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título,

durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 4. ed., rev. e atual. de acordo com o novo Código. São Paulo: Saraiva, 2003. V.3. p. 49.

⁴⁸ ANDRADE, op. cit., p. 41.

⁴⁹ LEAL, op. cit., p. 107.

⁵⁰ LIMA, op. cit., p. 31.

⁵¹ ANDRADE, op. cit., p. 108.

frágil e tende a realizar contrato que normalmente não faria se estivesse no local onde o produto ou serviço é colocado à venda; pois, ao dirigir-se a determinado estabelecimento comercial, refletiu na aquisição antes mesmo de nele adentrar, ao passo que, quando faz a compra de sua residência, dada a facilidade de processamento da aquisição, aumenta a possibilidade de que ela seja feita por impulso e sem qualquer reflexão; reflexão esta que se dará somente no momento do recebimento do produto ou serviço.⁵²

3.3. A publicidade como obrigação contratual

Conforme abordado anteriormente, a natureza jurídica da publicidade no âmbito civil em muito se difere daquela da legislação do consumidor. O Código Civil opta pelo uso do termo proposta, enquanto o Código de Defesa do Consumidor utiliza o termo somente duas vezes, preferindo a nomenclatura oferta ou publicidade.

O termo publicidade é mais amplo que proposta e não fica adstrito somente à oferta comercial, mas engloba também a simples divulgação de uma marca ou produto.

A diferença adotada pelos dois dispositivos legais não se restringe somente à nomenclatura utilizada, mas se expressa também na responsabilização pelo descumprimento da matéria anunciada.

Nesse sentido, são as lições de LISBOA, ao afirmar que “a responsabilidade decorrente do desvio publicitário equivale à responsabilidade pré-contratual”⁵³. Tal assertiva se fundamenta no disposto no artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece que a oferta, por meio da publicidade, inclusive, vincula seus termos e integra o contrato que vier a ser celebrado.

De maneira diversa, o Código Civil dispõe que a oferta somente vincula o proponente após o destinatário recebê-la, podendo o proponente retratá-la a qualquer momento, antes do seu recebimento.

Vejamos a redação do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 30. 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.

Em comentários ao citado dispositivo legal; destacamos a lição de SILVA:

Do ponto de vista do direito das obrigações, o conteúdo deste artigo é inovador, já que a oferta, manifestada por informação ou publicidade suficientemente precisa, passou a obrigar o fornecedor, independentemente de proposta (art. 1.080 do CC/1916) e desde que exposta ao consumidor, como se fosse cláusula não escrita. A relação de consumidor, de que fariam parte um fornecedor real e um consumidor virtual, passou a existir tão logo o produto ou serviço fosse apresentado, divulgado e oferecido ao mercado, fato gerador de expectativa de consumo.⁵⁴

O artigo 35, inciso I, do mesmo dispositivo legal, tem o condão de complementar o artigo supra, possibilitando meios ao consumidor para exigir o cumprimento forçado da obrigação que fora anunciada.

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, à apresentação ou à publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade. LISBOA diferencia a responsabilidade pré-contratual de âmbito civil daquela das relações de consumo, nos seguintes dizeres:

⁵² Ibid., p. 108-109.

⁵³ LISBOA, op. cit., p. 314.

⁵⁴ SILVA, Jorge Alberto Quadros C. Código de Defesa do Consumidor Anotado e Legislação Complementar. 6ª

EDIÇÃO. 1. VitalSource Bookshelf. Editora Saraiva, 05/2008, Monday, November 05, 2012. p.151.

Esta, em decorrência da massificação do contrato, vincula-se a partir do momento da sua veiculação; aquela, decorrente de contratos personalíssimos, veicula somente a partir do recebimento da proposta pela pessoa interessada”. E segue afirmando: “Dessa forma, no âmbito civil, a responsabilização se dá pela não-realização do contrato preliminar que estava sendo negociado, enquanto nas relações de consumo, a caracterização se dá pelo mero descumprimento do contrato⁵⁵.

Entendemos que o termo pré-contratual para se referir ao cumprimento da obrigação divulgada na publicidade não é o termo mais oportuno. A nosso ver, seria mais adequado o termo contratual para se referir à responsabilidade no âmbito do direito do consumidor, pois, como muito bem dispõe o artigo 30 do mesmo dispositivo legal, a publicidade integra o contrato.

E nessa mesma linha de raciocínio, o termo “responsabilidade pré-contratual” seria mais adequado para se referir à publicidade/proposta, regulada pelas relações de direito civil, em razão da própria natureza jurídica.

Verifica-se que essa visão com relação à publicidade é adotada também em outros países. LORENZETTI, sobre o sistema jurídico argentino, afirma que “a publicidade pode integrar um contrato quando existir uma oferta, consoante a Lei Argentina 24.204, ou pode constituir a causa de responsabilidade extracontratual de seu criador quando não houver contrato ou quando a mensagem não contiver uma oferta”⁵⁶.

Sobre a força vinculante da publicidade, LEAL afirma que “a oferta é vinculatória e irretratável, obrigando o fornecedor a cumprir o seu conteúdo para não frustrar a expectativa do consumidor de vir a concluir o negócio. Esse é o teor do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor⁵⁷, pelo qual a oferta liga o fornecedor ao cumprimento do seu conteúdo,

ensejando inclusive a possibilidade de execução específica. Em outras palavras, o fornecedor é obrigado a realizar o contrato de consumo exatamente de acordo com as informações ou publicidades veiculadas na oferta”⁵⁸.

FINKELSTEIN justifica tal medida ao afirmar:

Não há um dever legal imposto ao fornecedor de anunciar seus produtos e serviços. O fornecedor anuncia os produtos à sua inteira discricionariedade. Assim, a publicidade é um direito do fornecedor. Porém, a partir do momento em que o fornecedor decide anunciar seu produto ou serviço, ele deve exercitar seu direito de forma a não violar as disposições protetivas do Direito do Consumidor.⁵⁹

CARVALHO *apud* LEAL, sobre o tema, esclarece que “a retirada antecipada e injustificada da oferta terá como consequência não mais a mera sujeição do proponente ao pagamento de perdas e danos, mas a negação de quaisquer efeitos jurídicos à revogação, permanecendo eficaz a oferta do fornecedor e o cumprimento do dever nela contido, obrigatório, salvo outra escolha exercida por parte do consumidor”⁶⁰.

Nesse sentido, vale destacar a decisão proferida em 3 de outubro de 2008, pela 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento de Recurso de Apelação, nº 7.180.510-4, em conformidade com o voto do Relator Desembargador Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, em que figuram como Apelante pessoa física e Apelado pessoa jurídica de capitalização, tendo como objeto de discussão a publicidade enganosa e o não-cumprimento do anúncio veiculado. Vejamos a ementa do acórdão:

fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

⁵⁸ LEAL, op. cit., p. 70.

⁵⁹ FINKELSTEIN, op. cit., p. 254-255.

⁶⁰ LEAL, op. cit., 111.

⁵⁵ LISBOA, op. cit., p. 314.

⁵⁶ LORENZETTI, op. cit., p. 391.

⁵⁷ Art. 30. 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

APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO – PUBLICIDADE ENGANOSA – TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO QUE PROMETE AO APLICADOR A AQUISIÇÃO DE BEM. OBRIGAÇÃO DE CUMPRIR A OFERTA. Caracteriza publicidade enganosa aquela que induz o consumidor a erro, fazendo crer que ao final do plano adquirirá veículo 0 km. **Isso ocorrendo, devem o anunciante e aqueles que endossaram a promessa (no caso a Montadora) cumprir o prometido.** DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL – DANO MORAL – Cabível a indenização por dano moral em caso de descumprimento contratual, já que o inadimplemento causa no credor transtorno, abalo, aborrecimento, sentimentos passíveis de serem indenizados. RECURSO PROVIDO EM PARTE⁶¹.

Ressalta-se, contudo, que tal dispositivo tem sido flexibilizado pelos Tribunais, quando se verifica erro grosseiro na oferta publicitária. O entendimento jurisprudencial que prevalece nesse caso é o da não-obrigação de cumprir o ofertado, pois acima de qualquer coisa os parâmetros do bom senso e da boa-fé contratual devem prevalecer.

É o caso em que temos, por exemplo erro grosseiro na divulgação de preço de determinado produto em site da internet: uma televisão de última tecnologia sendo divulgada por R\$ 400,00 (quatrocentos reais), quando o mais lógico seria R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Passaremos a analisar dois casos concretos que foram recentemente apreciados pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja decisão acatou a tese da não-vinculação do ofertado, em razão de erro grosseiro.

Vejamos a decisão proferida em 15 de maio de 2008, pela 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento de Recurso de Apelação sem Revisão, nº 1129594-0/2, em conformidade com o voto do Relator Desembargador Ruy

Coppola, em que figuram como parte Apelante pessoa jurídica, empresa que comercializa aparelhos eletrônicos, e como Apelada pessoa física, consumidor, pleiteando o cumprimento do anúncio publicitário que havia veiculado no jornal *O Estado de S. Paulo* a oferta de um televisor de plasma, de última tecnologia, para proporção de 1:10 de outros valores encontrados no mercado. Vejamos a ementa do acórdão:

Consumidor. Ação de obrigação de fazer. Cumulação com pedido de indenização por danos morais. Anúncio veiculado em encarte de periódico que oferece aparelho de televisão em **valor flagrantemente incompatível com seu valor de mercado** (Televisor de plasma, de 42 polegadas, com tecnologia widescreen). Invocação dos princípios consumeristas. Oferta que obrigaria o fornecedor nos exatos termos propostos. Art. 30, do C.D.C. **Erro escusável. Poder vinculante da oferta que não pode dispensar princípios da boa-fé objetiva e vedação ao enriquecimento sem causa.** Anúncio que discrepa do valor real do bem e que não pode ser equiparado à publicidade enganosa. Evidente erro na digitação do informe publicitário que revela inexorável ausência de seriedade na proposta. Tutela antecipada cassada. Ação improcedente. Agravo retido e apelo providos. (Íntegra do acórdão em anexo⁶²).

Vejamos a decisão proferida na data de 20 de junho de 2006, pela 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento de Recurso de Apelação Cível com Revisão, nº 399.469-4/0-00, em conformidade com o voto do Relator Desembargador Artur César Berreta da Silveira, em que figuram como parte Apelante pessoa física, consumidor, e Apelada pessoa jurídica, fornecedor, a empresa que comercializa aparelhos eletrônicos, pleiteando o cumprimento do anúncio publicitário que havia veiculado no jornal *O Estado de S. Paulo* a oferta de um televisor de plasma Philips, 42

⁶¹ Íntegra do acórdão: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 11ª. Câmara de Direito Privado – E. Apelação no. 7380510-4.

⁶² Íntegra do acórdão: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 32ª. Câmara de Direito Privado. Apelação no. 1129594.

polegadas, tela widescreen, no valor de R\$ 2.199,00. Vejamos a ementa do acórdão:

Consumidor – Anúncio de televisão por preço muito inferior ao real – Erro na propaganda, sem que tenha havido intenção de enganar o consumidor, não tem o condão de obrigar o comerciante – Ação improcedente – Recurso improvido.⁶³

Vejamos a decisão proferida em 4 de maio de 2006, pela 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento de Recurso de Apelação Cível com Revisão, nº 248.815-4/3-00, em conformidade com o voto do Relator Desembargador Enio Santarelli Zuliani, em que figuram como parte Apelante pessoa física, consumidor, e Apelada pessoa jurídica, fabricante de bebidas, pleiteando o cumprimento da campanha publicitária que não fora completamente transparente sobre os requisitos para a entrega do prêmio prometido. Vejamos a ementa do acórdão:

Consumidor – Propósito de se obrigar a fabricante de bebidas a entregar um veículo que foi prometido em campanha publicitária, independente de sorteio, sob o argumento de que essa era a leitura dos anúncios, pela ênfase que se deu à troca do prêmio pela premiação da tampinha da garrafa (art. 30 e 35, I da Lei 8.078/80); hipótese, no entanto, em que o regulamento do sorteio previa troca instantânea de brindes menores, (um outro refrigerante e tatuagens removíveis), exigindo, para os carros e bolsas de estudos, sorteios de acordo com os cupons que seriam trocados pelas tampinhas premiadas – **Regras insusceptíveis de enganar o consumidor considerado *bônus parter familiae* – Não provimento.**⁶⁴

Verifica-se que para a aplicação da exceção jurisprudencial supra-analisada, se faz fundamental a observância de três requisitos: 1. erro grosseiro da mensagem publicitária; 2. que esse erro possa ser perceptível a um indivíduo comum (aptidão intelectual de um homem médio); e 3. a ausência de má-fé, que se demonstra pela flagrante intenção do fornecedor em não ludibriar o consumidor.

Especificamente sobre o efeito vinculante da publicidade no meio eletrônico, destacamos a lição de MARQUES ao afirmar:

Quanto à formação do contrato, a doutrina destaca os vários momentos da fase pré-contratual, que interessam à proteção do consumidor, a começar pela oferta ou proposta pública, que representa as práticas antes analisadas de *sites*, *links*, *e-mails*, a publicidade, os *spams* e outras manifestações virtuais de “vontade negocial” dos fornecedores do mundo inteiro. Considerando que essas manifestações de vontade negocial dos fornecedores contêm os elementos da oferta e despertam a confiança dos consumidores, diante do regime especial das contratações de consumo impostas pelo CDC, que valeria a declaração e a criação de confiança e expectativas legítimas no “espectador”, parece-me que são mais do que simples “convites públicos à oferta”. Assim, serão essas práticas consideradas ofertas, no sentido do art. 30. do CDC. Parece-me também que, se realizadas perante a outros fornecedores ou em relações puramente civis, serão consideradas “propostas”, no sentido do art. 429 do CCB. /2202⁶⁵.

O último questionamento que surge é com relação ao direito de retratação da campanha publicitária. Teria o fornecedor direito de retratar e retirar campanha publicitária?

⁶³ Íntegra do acórdão: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 3ª. Câmara de Direito Privado. Apelação no. 399469-4.

⁶⁴ Íntegra do acórdão: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 4ª. Câmara de Direito Privado. Apelação no. 248815-4/3.

⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 260-261.

Nosso entendimento é que, uma vez veiculada, a publicidade vincula o fornecedor, até a data de validade da campanha/oferta publicitária. Nesse sentido, havendo divulgação das condições da oferta, se retratada, poderá o consumidor que tenha incorrido em prejuízos pleitear a indenização por perdas e danos, ou até mesmo a manutenção da oferta. Como exemplo podemos citar as diversas empresas que divulgam determinado preço em sua prateleira e no momento do pagamento no caixa verificam que houve erro. Deve o fornecedor manter o preço divulgado ao consumidor, desde que razoável.

3.4. Direito Internacional: a publicidade e a diretiva da União Europeia

Muito embora o Brasil não seja um estado membro da União Europeia, a análise da Diretiva 97/7/CE da União Europeia se faz importante por regulamentar os contratos a distância, os quais são favorecidos em razão do aumento das vendas trans-fronteira entre os países membros e pelo advento da internet.

Não obstante o Brasil não fazer parte dos países membros da União Europeia, e nesse sentido, a inaplicabilidade interna da Diretiva 97/7/CE; o seu estudo deve ser realizado sob a ótica do Direito Comparado, ou seja, visando a compreensão das semelhanças e distinções do tema entre o ordenamento jurídico interno e dos demais Estados.

Os Estados-membros da União Europeia estão vinculados às normas legais disciplinadas pelas Diretivas da União Europeia. Trata-se de uma norma supranacional que prevalece e vincula o direito nacional de cada país membro.

As diretivas são fontes secundárias do Direito Comunitário Europeu e vinculam os Estados-membros da União Europeia quanto aos princípios ali previstos, devendo, as instâncias nacionais, regulamentar sua norma interna de acordo com o previsto nas diretivas.

Sobre a aplicabilidade da diretiva, explica MARTINS:

A diretiva possui efeito direto e não aplicabilidade direta, pois somente

podrá ser invocada caso o Estado-membro não a transpuser para a normativa interna no prazo estipulado ou, caso efetive a transposição, faça-a de maneira incorreta. Tal distinção se dá tendo em vista que o efeito direto não se encontra previsto nos tratados, ao contrário da aplicabilidade direta, mas foi uma criação da jurisprudência do TJCE, com apoio da doutrina⁶⁶.

A Diretiva 97/7/CE⁶⁷ regulamenta a publicidade e a oferta de bens e serviços a distância e, de forma semelhante ao Código de Defesa do Consumidor, dispõe sobre a possibilidade de sete dias para arrependimento da compra de produtos quando realizados no meio eletrônico, tudo a cargo do fornecedor:

Considerando que o consumidor não tem, em concreto, possibilidade de ver o produto ou de tomar conhecimento das características do serviço antes da celebração do contrato; que importa prever, salvo disposição em contrário da presente directiva, **um direito de rescisão**; que é necessário limitar quaisquer custos suportados pelo consumidor para o exercício do direito de rescisão aos custos directos de devolução do bem, dado que, caso contrário, este seria um direito meramente formal; que este direito de rescisão não prejudica os direitos do consumidor previstos na legislação nacional, nomeadamente em matéria de recepção de produtos e serviços deteriorados ou de produtos e serviços que não correspondem à descrição desses produtos ou serviços; que compete aos Estados-membros determinar as outras condições e modalidades que resultem do exercício do direito de rescisão.

Artigo 6º. Direito de rescisão. Em qualquer contrato a distância, o consumidor disporá de um prazo de, pelo menos, **sete dias úteis para rescindir o contrato sem pagamento de indenização e sem indicação do motivo**. As únicas

⁶⁶ MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Direito Comunitário**: União Europeia e Mercosul. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_57/a

rtigos/Art_Eliane.htm>. Acesso em: 10 de outubro de 2008.

⁶⁷ Íntegra da diretiva no endereço eletrônico: <http://lanzoni.adv.br/lei%20com%E9rcio%20eletroF4n%20ico.pdf>.

despesas eventualmente a seu cargo decorrentes do exercício do seu direito de rescisão serão as despesas directas da devolução do bem.

A diretiva também alerta sobre as técnicas invasivas de publicidade e da necessidade de proteção dos dados pessoais e da privacidade do consumidor, bem como justifica a inversão do ônus da prova para o fornecedor em razão da hipossuficiência do consumidor, que não possui a mesma perícia no controle das novas tecnologias.

O anexo I da presente diretiva prevê que contrato a distância é todo aquele firmado sem a presença física e simultânea do consumidor e do fornecedor, listando os seguintes meios: 1. Impresso sem endereço; 2. Impresso com endereço; 3. Carta normalizada; 4. Publicidade impressa com nota de encomenda; 5. Catálogo; 6. Telefone com intervenção humana; 7. Telefone sem intervenção humana (aparelho de chamada automática, audiotexto); 8. Rádio; 9. Videofone (telefone com imagem; 10. Videotexto (microcomputador, ecrã de televisão) com teclado ou ecrã tátil; 11. Correio electrónico; 12. Telefax (telecópia); 13. Televisão (telecompra, televenda).

O artigo 4º da diretiva⁶⁸ prevê que a publicidade deva conter informações sobre a identidade do fornecedor, características essenciais do bem ou do serviço, preço, despesas de entrega, modalidade de pagamento, entrega ou execução, prazo de validade da oferta e, quando se tratar de prestação de serviços, a duração mínima do contrato.

Verifica-se, portanto, que nosso ordenamento pouco se diferencia do ordenamento europeu, pois estabelece as

mesmas regras de relações de consumo e publicidade.

Considerações Finais

A presente pesquisa, ao abordar o tema da proposta, como elemento inicial de formação dos contratos, se preocupa em distingui-la dos conceitos de oferta e publicidade.

Nesse sentido temos que, para fins de efeitos jurídicos, a proposta sob a ótica do Direito Civil se diferencia da oferta e da publicidade sob a ótica do Direito do Consumidor.

Se, para o Direito do Consumidor, a oferta e a publicidade possuem como destinatários a coletividade; para o Direito Civil, a proposta assume características de direito privado, pois é direcionada a um indivíduo em particular.

Com base nessa principal diferença, temos que para o Direito do Consumidor, os efeitos jurídicos da oferta e da publicidade são imediatos, a partir da sua veiculação e nesse sentido, vinculam o fornecedor em todos os seus termos. Já, a proposta, no Direito Civil, apresenta efeito jurídico vinculatório somente após o recebimento da mesma pelo oblato; admitindo-se portanto, a retratação.

Outrossim, o tema é analisado no contexto de uma economia global e informatizada; abordando, portanto a problemática da veiculação da proposta, da oferta e da publicidade no meio eletrônico.

Não obstante as peculiaridades do meio eletrônico, e a ausência de uma regulamentação nacional específica sobre a internet, concluímos que os negócios jurídicos realizados pela

⁶⁸ Artigo 4º. Informações prévias. 1. Em tempo útil e antes da celebração de qualquer contrato a distância, o consumidor deve dispor das seguintes informações: a) Identidade do fornecedor e, no caso de contratos que exijam pagamento adiantado, respectivo endereço; b) Características essenciais do bem ou do serviço; c) Preço do bem ou do serviço, incluindo impostos; d) Despesas de entrega, se existirem; e) Modalidades de pagamento, entrega ou execução; f) Existência do direito de rescisão, excepto nos casos referidos no nº 3 do artigo 6º; g) Custo da utilização da técnica de comunicação a distância, quando calculado com base numa tarifa que não seja a de base; h) Prazo de validade da oferta ou do preço; i) Sempre que necessário, a duração mínima do contrato em caso de contratos de fornecimento de produtos ou

prestação de serviços de execução continuada ou periódica. 2. As informações referidas no nº 1, cujo objectivo comercial deve ser inequivocamente explicitado, devem ser fornecidas de maneira clara e compreensível por qualquer meio adaptado à técnica de comunicação a distância utilizada, respeitando, designadamente, os princípios da lealdade em matéria de transacções comerciais e os princípios da protecção de pessoas com incapacidade jurídica em virtude da legislação dos Estados-membros, como os menores. 3. Além disso, no caso das comunicações telefónicas, a identidade do fornecedor e o objectivo comercial da chamada devem ser explicitamente definidos no início de qualquer contacto com o consumidor.

internet são válidos e pouco se diferenciam dos meios ordinários de negociação.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Ronaldo Alves. **Contrato eletrônico no novo código civil e no código do consumidor**. Barueri, SP: Manole, 2004.
- ANDRADE, Shakespeare Teixeira. **Comentários Acerca da Teoria da Imprevisão no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Texto retirado do seguinte endereço eletrônico: <http://www.fag.edu.br/professores/ymjunior/Direito%20Civil-2%20BAPer%20do/teoria%20da%20imprevis%20e%20no%20ordenamento%20jur%20e%20do%20brasileiro.pdf>. Acesso em 18 de julho de 2012, às 17:30 hrs.
- BRASIL. **Código Civil**. www.planalto.gov.br.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. www.planalto.gov.br.
- BRASIL. **Constituição Federal**. www.planalto.gov.br.
- BRASIL. **Lei do Inquilinato**. www.planalto.gov.br.
- DE LUCCA, Newton. Títulos e Contratos Eletrônicos: o advento da informática e suas conseqüências para a pesquisa jurídica. In: DE LUCCA, Newton. SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes**.
- FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Aspectos jurídicos do comércio eletrônico**. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- GONÇALVES, João Bosco Pastor. **Princípios gerais da publicidade no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**.
Artigo retirado do endereço eletrônico: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3181>, acesso em 29 de abril de 2008, Às 22:00 h.
- HOUAISS, Antônio. **Dicionário brasileiro inglês-português**. Englewood cliffs: Prentice-Hall, 1999. 2 v.23 cm (Encyclopaedia britannica do brasil)
- LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet**. São Paulo: Atlas, 2007.
- LIMA, Eduardo Weis Martins de. **Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional**. São Pualo: Atlas, 2008.
- LISBOA, Roberto Senise. **Contratos Difusos e Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. ISBN 8520325831.
- LOURES, José Costa; GUIMARÃES, Tais Maria Loures Dolabela. **Novo código civil comentado**. Belo horizonte: Del Rey, 2002.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança o comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Direito Comunitário: União Européia e Mercosul**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_57/artigos/Art_Eliane.htm>, consulta em 10 de outubro de 2008, às 14:00 hrs.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 29. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MULHOLLAND, Caitlin. **Internet e contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- Endereço eletrônico:
<http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=promessa>, acesso em 15 de dezembro.
- Endereço eletrônico:

<http://lanzoni.adv.br/lei%20com%E9rcio%20eletr%F4nico.pdf>, acesso em 06 de julho de 2011.

Endereço eletrônico:

http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89063, acessado em 26 de março de 2013.

SILVA, Jorge Alberto Quadros C. **Código de Defesa do Consumidor Anotado e Legislação Complementar**. 6ª EDIÇÃO. 1. VitalSource Bookshelf. Editora Saraiva, 05/2008, Monday, November 05, 2012.