

RESUMO

Na atual sociedade capitalista, dominada pelos mais modernos meios de rápida transmissão de informações, propaga-se constantemente o comércio eletrônico. Relações consumeristas são estabelecidas num novo ambiente, o ambiente virtual. A legislação atual não regula especificamente o tema, porém as regras do CDC devem ser adequadas para que seja possível garantir ao consumidor seus direitos na hipótese de descumprimento da oferta realizada na internet.

Palavras-chave: Sociedade da Informação. Oferta. Internet. Descumprimento da oferta.

ABSTRACT

In today's capitalist society, dominated by the most modern means of rapid transmission of information, spreads constantly e-commerce. Consumerist relations are established in a new environment, the virtual environment. Current legislation does not regulate the issue specifically, but the rules of the CDC must be appropriate so that you can give the consumer their rights in the event of noncompliance with the offer made on the internet.

Keywords: Information Society. Offer. Internet. Breach of the offer.

* Advogada, Especialista em Direito Penal, Mestre em Direito na Sociedade da Informação, Professora Universitária.

1. Introdução

O presente estudo tem por objetivo fazer uma análise acerca do descumprimento da oferta realizada na internet, uma vez que, na atual sociedade em que vivemos, apresenta-se este meio de comunicação como sendo extremamente rápido e eficiente nas mais variadas searas, seja na questão pessoal, seja em termos negociais.

É importante estudar como se dá a nova relação de consumo na sociedade virtual, tendo em vista que nos dias de hoje é extremamente comum o envio por diversos fornecedores de ofertas a potenciais consumidores via e-mail, ou mesmo com a divulgação da oferta no site do fornecedor ou em outros sites, que se encerram em contratações à distância. Em vista disso, apresenta-se a necessidade de uma regulação desta nova relação jurídica, que, apesar de ser uma relação de consumo, conta com novos contornos, podendo ser realizada a partir dos meios eletrônicos hoje existentes, sequer imaginados quando da entrada em vigor do CDC, da década de 1990.

Diversas são as implicações legais e práticas que se apresentam na nova relação de consumo virtual, de modo que poderá trazer ao consumidor, ao invés da facilidade e comodidade inicial, grandes perturbações.

Para analisar como se dá a nova situação, buscaremos, inicialmente, trazer o panorama social, tornando possível visualizar a nova relação de consumo virtual, para, após, trazermos o conceito de oferta e quais os princípios a ela relacionados para, a partir daí, analisar como se dá a oferta virtual e quais são as implicações de ordem prática e legal de seu não cumprimento por parte do fornecedor.

Também buscaremos analisar a questão da responsabilidade, que no direito consumerista é objetiva. Mas, no caso do descumprimento da oferta, a responsabilidade é apenas do fornecedor, que divulgou em ambiente virtual a oferta, ou a responsabilidade também pode ser estendida àquele que permitiu que o fornecedor veiculasse a oferta em seu site, ou do provedor que colaborou para que isso acontecesse?

2. Sociedade da Informação e Internet

A Antes de adentrarmos especificamente no tema objeto do presente estudo, faz-se mister situarmo-nos no atual panorama social, bem como trazer noções do que seja a internet e de sua importância nos dias de hoje. Hoje vivemos na Era Digital, com predominância dos mais diversos meios eletrônicos, em constante evolução, em todas as áreas e setores.

Trata-se de um novo contexto social que, assim, como a Revolução Industrial, provocou diversas mudanças nas relações sociais, bem como veio acompanhada de diversas lacunas legais, sendo certo que a atual legislação não está preparada para tratar dos diversos temas surgidos no novo panorama social, como os contratos eletrônicos.

Podemos dizer que a Sociedade da Informação trata-se da sociedade que se desenvolveu após o período pós-industrial, com a predominância dos meios tecnológicos mais avançados em todas as áreas e setores sociais, fazendo preponderar a informação sobre os meios de produção e distribuição de bens.¹

Pode ser apontado, como marco inicial desse novo ciclo histórico, segundo IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR, o surgimento de redes profissionais e tecnológicas destinadas à produção e ao uso da informação, que passa a ser distribuída no mercado, bem como utilizada para gerar conhecimento e riqueza.² Vale lembrar, assim como o faz PAULO HAMILTON SIQUEIRA JUNIOR, que o termo “Sociedade da Informação” surgiu com Jacques Delors, então presidente da Comissão Europeia, em 1993, no Conselho Europeu, e com ele surgiram as primeiras ideias de infraestrutura da informação.³

Os novos contornos da atual sociedade, graças ao contínuo avanço tecnológico, possibilita a disseminação cada vez mais rápida de informações, e para uma quantidade

¹ Roberto Senise Lisboa. **Manual de Direito Civil**. Volume 3, p. 85.

² Atualidade do Conceito de Sociedade da Informação para a Pesquisa Jurídica, p. 62.

³ *Habeas Data*: remédio jurídico na Sociedade da Informação, p. 252.

cada vez maior de pessoas, além de possibilitar os mais diversos tipos de relacionamentos à distância, seja apenas com o intuito de se comunicar com um parente ou amigo que se encontra a quilômetros de distância, seja no intuito de participar de relações comerciais, de efetuar a compra de um produto ofertado por um fornecedor que se encontra, por exemplo, em outro país. Assim é que afirma ROBERTO SENISE LISBOA:

(...) a tecnologia realmente se desenvolveu a tal ponto que atualmente é realçada a sociedade pós-industrial como sendo a *sociedade da informação*. A celeridade do processo de comunicação e o maior acesso à informação pelos meios virtuais possibilitou o surgimento da figura do *comércio eletrônico* (grifos do autor).⁴

Na realização do comércio eletrônico é extremamente comum que os contratantes não se conheçam, sendo a relação entre eles totalmente desenvolvida em ambiente virtual. É justamente por isso que se afirma que a noção de tempo e espaço, na nova sociedade, passou a ser relativa, dada à possibilidade de comunicação instantânea e a baixo custo entre pessoas a milhares de quilômetros de distância, sendo a mensagem rapidamente transmitida do emissor para o receptor, bem como a um incontável número de pessoas em questão de minutos, tudo isso a partir da internet.

A nova era tecnológica que atualmente vivenciamos, possibilitou o encurtamento de distâncias e o estreitamento das relações, ainda que virtuais, o que é extremamente vantajoso e produtivo, por ser mais rápido e econômico, apesar de trazer impessoalidade à relação. A velocidade de transmissão e do acesso à informação provoca mudanças econômicas, sociais, políticas e jurídicas. Trazendo essa constatação para o nosso estudo, podemos dizer que a nova sociedade, a Sociedade da Informação, provocou diversas mudanças no Direito do Consumidor, pois, como já tivemos oportunidade de afirmar anteriormente, hoje é possível que o fornecedor mantenha um site de

sua empresa onde veicule diversas ofertas de seus produtos e serviços, possibilitando que o consumidor não apenas acesse o site para tomar conhecimento de seu conteúdo, como também para que possa realizar diversas compras que sejam de seu interesse.

Conforme SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, internet é uma interconexão de redes entre vários computadores e em escala mundial, o que permite fácil e rápido acesso a inúmeras informações, potencializando a utilidade dessas informações.⁵ Essa conexão, conforme lembra SOLON ANGELIM DE ALENCAR FERREIRA, pode se estabelecer por diversos meios, como linhas telefônicas, fibra ótica, frequência de rádio e.⁶

Assim, podemos dizer que a internet é uma rede pública que se utiliza de protocolos de regulamentação e comunicação, como TCP/IP (*transmission control protocol/internet protocol*) para fazer a comunicação entre redes privadas, interligando-as e permitindo a troca de pacotes de informação, sendo que essa informação contém um cabeçalho com diversas informações, como IP de origem e IP de destino.

O Direito deve mostrar-se apto a regular as novas relações surgidas, sob pena de deixar desamparado o indivíduo que participa destas novas relações, especialmente quando este indivíduo for o consumidor, hipossuficiente e vulnerável, que certamente será a parte prejudicada na nova relação virtual.

3. Oferta

É certo que após a Revolução Industrial e as duas Guerras Mundiais, com a consolidação do capitalismo no Ocidente, intensificou-se a relação de consumo, sendo certo também que os fornecedores, cada vez mais, colocam inúmeros produtos no mercado. A predominância do capitalismo como sistema econômico na grande maioria dos países ocidentais proporciona um mercado de consumo cada vez maior, com a colocação no mercado de uma quantidade enorme de

⁴ Op. cit., p. 79.

⁵ A Responsabilidade Civil pelo Conteúdo da Informação Transmitida pela Internet, pp. 17-18.

⁶ A aplicação do Código de Defesa do Consumidor às mensagens publicitárias não solicitadas recebidas via internet.

produtos e serviços, cuja aquisição é altamente estimulada pelo próprio sistema, ainda que se trate de produtos supérfluos.

No mercado de consumo há uma incrível variedade de produtos e serviços aptos a atender à mesma necessidade do consumidor, razão pela qual cada fornecedor, pretendendo que o seu produto ou o seu serviço seja adquirido pelo consumidor, aumenta as suas ofertas, tentando, dessa forma, influenciar o consumidor a com ele contratar.

Esse é o próprio objetivo da oferta, de modo que o fornecedor veicula ofertas relacionadas ao seu serviço ou produto por diversos meios aptos a fazer com que o consumidor acredite que o produto ou serviço deste fornecedor é o melhor, senão o único, capaz de atender às suas necessidades, buscando fazer com que o consumidor adquira então o seu produto ou contrate o seu serviço. Como bem lembra SOLON ANGELIM DE ALENCAR FERREIRA, a concorrência que o capitalismo estabelece, aliada ao interesse dos fornecedores em atrair consumidores aperfeiçoou a propaganda e a publicidade⁷.

Com a divulgação cada vez mais intensificada de ofertas, o anúncio publicitário evoluiu, deixando de ser apenas uma proposta vaga e imprecisa para contratar e tornando-se um verdadeiro pré-contrato, tendo em vista que é na oferta que o fornecedor faz constar dados comerciais precisos, como preço, quantidade, qualidade, forma de pagamento, entre outros dados, capazes de propiciar ao consumidor maior conhecimento acerca do produto ou serviço e das condições para sua aquisição.

É por causa dessa constante utilização da oferta pelos fornecedores que o CDC preocupa-se com o tema, regulando a oferta de forma clara e principiológica, justamente para não deixar desamparado o consumidor, que é a parte mais fraca desta relação.

Ora, se o fornecedor tem a oferta para seduzir o consumidor a adquirir determinado produto ou a contratar determinado serviço, é crível que a oferta deva ser o mais clara e transparente possível, já que é a partir dela que o consumidor irá contratar, não havendo, inclusive, a necessidade de um contrato que

lhe seja posterior, pois a oferta, uma vez aceita pelo consumidor, torna-se o próprio contrato.

Para Silvio Luís Ferreira da Rocha Lemos,

(...) a oferta, numa concepção clássica, é o primeiro passo para a formação do contrato consensual, significando a prefiguração da situação contratual que está por vir, sendo certo que a oferta situa-se no âmbito da formação do contrato consensual, analisado de maneira clássica como o encontro de uma oferta e de uma aceitação.⁸

No conceito de Roberto Senise Lisboa:

considera-se oferta qualquer informação ou publicidade sobre produtos e serviços, veiculada a uma coletividade de pessoas indeterminadas, por todas as formas permitidas ou que não forem coibidas por lei (revistas, jornais, catálogos, *outdoors*, fax, carta, circular, mala direta, rádio, televisão, apresentação ao vivo, cinema, teatro, internet, entre outros) (grifos do autor).⁹

A oferta veiculada pelo fornecedor, se suficientemente precisa, é considerada ato unilateral, gerador de obrigação, independente da aceitação do consumidor. E isso porque a oferta possui dois aspectos, quais sejam, a proposição que ela constitui e o contrato que objetiva. Assim, “a oferta é o resultado da vontade unilateral, da reflexão conduzida pelo ofertante que considera somente seu interesse na perfiguração do contrato que objetiva”.¹⁰

É pela oferta, portanto, que o fornecedor declara a sua vontade, mostrando as condições pelas quais o contrato se realizará. Assim, aperfeiçoa-se o contrato de consumo com a aceitação do consumidor aos termos da oferta. São características da oferta, conforme SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA LEMOS, “a indeterminação pessoal do destinatário, a fungibilidade da pessoa do futuro ou dos

⁷ Op. cit.

⁸ A Oferta no Código de Defesa do Consumidor, p. 34.

⁹ Contratos Difusos e Coletivos, p. 346-347.

¹⁰ Silvio Luís Ferreira da Rocha Lemos. Op. cit., p. 35.

*futuros contraentes e a utilização de um meio público de difusão”.*¹¹

4. Publicidade, Propaganda e Oferta

Publicidade não se confunde com propaganda, sendo importante estabelecer as diferenças entre ambas. É a partir da publicidade que o fornecedor faz a oferta, divulgando o seu produto ou o seu serviço e buscando influenciar o consumidor a adquirir um ou outro. Em vista disso, a publicidade deve conter todo o tipo de informação relacionada ao produto ou serviço por ela divulgado. Propaganda, conforme ROBERTO SENISE LISBOA:

tem como escopo a veiculação ou a propagação de idéias em geral, como as de cunho filosófico, político, religioso ou econômico. Não tem por finalidade direta a percepção de lucro ou a circulação econômica de riquezas, como sucede na divulgação de publicidade, que visa tornar pública uma oferta de produto ou serviço, para auferir proveito de sua distribuição, a qualquer título lícito.¹²

Assim, fica claro que a oferta está relacionada à publicidade, já que esta possui um escopo apelativo à contratação pelo consumidor, uma finalidade econômica, buscando fazer circular bens e serviços. Realmente, não tem a propaganda a finalidade de vender aquele produto ou prestar aquele serviço, por isso dissemos antes que a oferta relaciona-se apenas à publicidade, que visa justamente a fazer circular comercialmente o produto ou o serviço por ela veiculado.

O CDC, art. 37 veda a 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.

§ 2º É abusiva, dentre outras, 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”.

Para ROBERTO SENISE LISBOA, a publicidade enganosa pode ser conceituada como “toda criação estética que se destina a veicular produto ou serviço no mercado de consumo, que induz em erro as pessoas expostas às suas práticas”, sendo, portanto, capaz de ludibriar a vítima, uma vez que não conta com as informações adequadas a respeito do produto ou do serviço, buscando influenciar o consumidor a adquirir um ou outro.¹³

5. Princípios Aplicáveis à Oferta

Com base no princípio da boa-fé objetiva, consagrado pelo CDC, as relações consumeristas devem ser pautadas na ética, na veracidade e fidedignidade das informações, tanto na fase de negociações, ou seja, na veiculação de ofertas, como na fase de execução do pactuado entre fornecedor e consumidor. Deste princípio decorre a idéia de cooperação, respeito e fidelidade nas relações consumeristas, de modo que há uma conduta, objetivamente considerada, que é a esperada das partes naquela relação. Significa dizer, por exemplo, que se espera que o fornecedor aja com zelo para com o consumidor, no sentido de veicular apenas ofertas que seja capaz de cumprir e não lesando o consumidor, devendo ser leal a ele.

Trata-se da ação não-egoísta, ou seja, o fornecedor deve agir pensando não apenas no seu próprio bem, mas também na situação do consumidor, respeitando os seus interesses, não abusando de sua posição de inferioridade.

¹¹ Op. cit., 72.

¹² Contratos Difusos e Coletivos, p. 348.

¹³ Contratos Difusos e Coletivos, pp. 348-349.

O fornecedor deverá agir com boa-fé desde o primeiro momento, no caso da oferta, desde o instante em que elabora o anúncio publicitário e passa a veiculá-lo, com a certeza de será capaz de cumprir o que nele consta, fazendo valer, assim, os direitos do consumidor.

Nesse sentido, afirma ROBERTO SENISE LISBOA que “a boa-fé negocial deve estar presente mesmo antes da formação do vínculo contratual, em seus mais diversos segmentos, consubstanciados nos deveres de informação, lealdade, assistência e cooperação”.¹⁴

O princípio da transparência, previsto no art. 6º, III, CDC, está relacionado à obrigação de informar que o fornecedor tem para com o consumidor. Assim, podemos dizer que o fornecedor obedeceu ao princípio da transparência quando informou, de forma clara e objetiva, o consumidor de todos os detalhes relativos àquela determinada contratação. Conforme ROBERTO SENISE LISBOA:

a transparência das relações de consumo é essencial para a harmonização de fornecedores e consumidores no mercado. Deve-se fazer presente desde a simples oferta até a extinção da avença e o cumprimento definitivo dos deveres correlatos que persistem mesmo após o término do contrato (responsabilidade pós-contratual, em função do princípio da *culpa post pactum finitum*) (grifos do autor).¹⁵

É em decorrência do princípio da transparência que o fornecedor obriga-se a transmitir, de forma efetiva e direta, toda e qualquer informação a respeito das condições do negócio, abrangendo a oferta e eventual texto escrito do compromisso. E por isso o art. 30, CDC determina que a oferta deve ser clara e correta sobre o produto ou serviço, sob pena de o fornecedor responder pela falta ou cumprir a oferta veiculada.

Para ROBERTO SENISE LISBOA, somente é atingida a transparência nas relações de consumo quando as informações transmitidas pelo fornecedor são verdadeira, precisas e

objetivas.¹⁶ Assim é que a oferta deve contar com todo e qualquer tipo de informação que se mostre necessária, como qualidade, quantidade, durabilidade, validade, forma de pagamento e tudo o mais que for relevante ao consumidor que se interesse pela aquisição daquele produto, de modo que, somente com a transmissão de tais informações o consumidor saberá as condições não só da oferta, mas do próprio contrato.

Cumprindo-se o princípio da transparência, o consumidor terá pleno conhecimento de suas obrigações e também de seus direitos. Realmente, sendo o consumidor a parte mais fraca e vulnerável desta relação, é justo que o fornecedor adote determinadas condutas que confirmem ao consumidor maior segurança naquela tratativa.

O dever de informação encontra-se previsto nos arts. 4º, *caput*, 6º, III, 8º, *caput*, 31, 37, § 3º, 46 e 54, §§ 3º e 4º. É pelo cumprimento do dever de informar pelo fornecedor que o consumidor tem à sua disposição todas as informações necessárias para decidir se contrata ou não. Assim, o dever do fornecedor de informar, apresenta-se como um direito do consumidor. O direito à informação, conforme ROBERTO SENISE LISBOA, é direito fundamental:

decorre da boa-fé objetiva, que é princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, constituindo-se em uma regra básica de convivência social que passa a ter relevância jurídica para o asseguramento dos demais princípios decorrentes da constituição do vínculo de direito.¹⁷

Mais especificamente relacionado à oferta, o dever de informar vem previsto no art. 31, CDC, que assim dispõe:

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

¹⁴ Idem, p. 351.

¹⁵ Idem, p. 373.

¹⁶ Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo, p. 118.

¹⁷ Idem, pp. 230-231.

origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Deve a oferta, portanto, conter todos os elementos mínimos para informar o consumidor acerca de qualidade, quantidade, preço etc., pois se trata de um pré-contrato, já que é a partir dela e por causa dela que o consumidor adquire o produto ou contrata o serviço. Como bem lembra ROBERTO SENISE LISBOA, o dever de informar deve ser obedecido pelo fornecedor antes mesmo da execução do contrato. Trata-se do dever pré-contratual de informar as pessoas submetidas à publicidade, já que:

pressupõe a ignorância total ou parcial da outra parte sobre o assunto relevante da contratação e seu conteúdo refere-se à indicação da causa obstativa da eficácia do contrato, qualquer que seja ela, para que o consumidor tenha pleno conhecimento da situação e opte, por definitivo, em contratar ou não. Enquanto não forem prestadas todas as informações ao consumidor, o fornecedor não poderá promover a ruptura das negociações preliminares, sob pena de violação do princípio da boa-fé.¹⁸

O dever do fornecedor informar é tão importante que seu não cumprimento gera sanções de natureza civil, podendo acarretar a ineficácia do contrato, a nulidade de alguma cláusula contratual, o dever de indenizar danos morais ou patrimoniais sofridos pelo consumidor; e penal, de acordo com o art. 66, CDC, que tipifica as condutas de fazer afirmação falsa, enganosa ou omitir informação relevante.¹⁹

Outro princípio é o previsto no art. 30, CDC, trata-se do princípio da obrigatoriedade da oferta, que vincula o fornecedor ao exato cumprimento do veiculado na oferta. Por este princípio, o fornecedor fica obrigado não apenas a contratar, mesmo quando não queira, como também faz com que a oferta incorpore-

se ao contrato eventualmente assinado.²⁰ É importante a previsão de tal princípio tendo em vista que, “no moderno mercado de consumo, a publicidade não só compõe, como no mais das vezes exaure a fase pré-contratual”.²¹

Entendemos que há uma exceção a este princípio da obrigatoriedade do cumprimento da oferta, qual seja, quando direcionada especificamente para um consumidor. É comum nos dias de hoje que um fornecedor, querendo presentear seu fiel consumidor, emita para este, apenas e exclusivamente para ele, um e-mail com uma determinada oferta, prática comum de sites de compra virtual.

No e-mail normalmente consta um código para que o consumidor possa usufruir de tal oferta e consta, também, a observação de que se trata de oferta pessoal e intransferível. Neste caso, de acordo com o nosso entendimento, ainda que o consumidor, único destinatário daquele e-mail, transmita-o para outras pessoas, estas não poderão exigir o cumprimento daquela oferta, pois nela consta expressa e claramente que se trata de oferta pessoal. Assim, nesta situação específica, entendemos que o fornecedor obriga-se somente perante o consumidor que recebeu inicialmente a oferta. Tal oferta somente é capaz de obrigar o fornecedor para com aquele consumidor e ninguém mais.

Também aplicável à oferta o princípio da função social do contrato, tendo-se em vista que a oferta é um momento preliminar à formação do contrato, devendo cumprir, portanto, a função social do próprio contrato. Para ROBERTO SENISE LISBOA:

a consagração da *dignidade* da pessoa como princípio fundamental inerente a todas as relações jurídicas públicas e privadas, assim como da *solidariedade social* como objetivo a ser alcançado, nos termos do que preceitua a constituição vigente, viabilizam o preenchimento do conteúdo da expressão *função social*, permitindo-se uma aplicabilidade em consonância com o direito pós-moderno.²²

¹⁸ Contratos Difusos e Coletivos, p. 350-352.

¹⁹ Silvio Luís Ferreira da Rocha Lemos. Op. cit., p. 90.

²⁰ Ibid., p. 97.

²¹ Vidal Serrano Nunes Junior. Op. Cit., p. 175.

²² Manual de Direito Civil volume 3, p 129.

O princípio da função social do contrato deve ser estendido, também, à fase pré-negocial, pois se houver qualquer lesão a algum direito dos contratantes, estará esvaziada a função social do contrato. É por isso que, entendemos, existe a função social da oferta, justificando-se sua execução forçada ou, de alguma força, seja ressarcido o consumidor lesado pelo seu não cumprimento pelo fornecedor.

6. Diferenças entre Proposta e Oferta

Não se pode confundir a oferta regulada pelo CDC com a proposta, matéria de Direito Civil, sendo as regras aplicáveis a uma e outra totalmente diferentes. A proposta vem regulada no CC, nos arts. 427 a 435.

A oferta do CDC é uma proposta para qualquer consumidor que a ela queira aderir. Assim, o fornecedor veicula a sua oferta, sendo certo que, como vimos, nela constam os termos do próprio contrato. No Direito Civil a fase de negociações preliminares é chamada de fase de pontuação, em que os interessados em contratar realizam tratativas preliminares à efetiva contratação, estabelecendo os pontos convergentes para a formação do contrato. A proposta do direito civil:

é a oferta dos termos de um negócio, convidando a outra parte a com eles concordar. Constitui ato jurídico unilateral, por intermédio do qual o peticitante convida o oblato a contratar, apresentando desde logo os termos em que se dispõe a fazê-lo. Se o contrato só se aperfeiçoa pelo cruzamento das declarações das partes, verdade é, entretanto, que a mera proposta contém uma declaração séria do peticitante.²³

O fornecedor sempre estará obrigado aos termos veiculados por ele na oferta, o que nem sempre ocorre quanto à proposta, pois o peticitante ou ofertante pode desvincular-se desta quando houver retratação eficiente, recusa da proposta pelo peticitado ou ausência de resposta do peticitado no prazo fixado na proposta. O peticitante obriga-se aos termos da

proposta quando o peticitado expedir a sua aceitação válida no prazo fixado por aquele ou em prazo razoável, e antes que haja retratação por parte do proponente. É a partir da aceitação que resta celebrado o contrato, havendo a convergência de vontade das partes.²⁴

Já o fornecedor, ao divulgar sua oferta assume postura equivalente ao proponente do Direito Civil, mas perante o mercado de consumo. Tal comportamento torna-se irretroatável e obriga o fornecedor a adimplir a oferta.²⁵

Assim, enquanto o CDC determina que a oferta rege-se pelo princípio da vinculatividade contratual, sem qualquer exceção, o CC determina que a oferta ao público e a proposta regem-se pelo princípio da vinculatividade não contratual, restrito apenas ao período de validade indicado na proposta, ou período de tempo razoável.²⁶

Para o Direito Civil, se na fase de pontuação uma das partes desiste, mas antes demonstrou efetivo interesse na contratação, o que levou a outra parte a abrir mão de outras oportunidades de contratar, é caso de responsabilidade pré-contratual, cabendo a respectiva indenização à parte prejudicada.²⁷ Na responsabilidade pré-contratual, estamos diante da culpa *in contrahendo*²⁸, pois quem formula uma proposta provoca na outra parte uma legítima expectativa de contratar, sendo certo que a retirada arbitrária da proposta pelo peticitante provoca insegurança, podendo causar prejuízo ao peticitado que acreditou na seriedade da proposta a ele apresentada; a lei obriga o peticitante a manter a sua proposta, pelo período nela estipulado ou por tempo razoável.²⁹

A proposta feita a pessoa presente deixará de ser obrigatória quando não contiver prazo e não for imediatamente aceita. No caso de proposta feita a pessoa ausente, o peticitante não estará mais obrigado quando: não contiver prazo na proposta e decorrer

²⁴ Roberto Senise Lisboa. Contratos Difusos e Coletivos, p. 344.

²⁵ Ibid. idem, p. 345.

²⁶ Ibid. idem, p. 346.

²⁷ Ibid. Manual de Direito Civil volume 3, p. 213.

²⁸ Ibid. Contratos Difusos e Coletivos, pp. 342-343.

²⁹ Silvio Rodrigues. Op. cit., p. 69.

²³ Silvio Rodrigues. Direito Civil volume 3, pp. 68-69.

tempo suficiente para chegar a aceitação ao seu conhecimento; e escoar o prazo concedido para a aceitação, sem que esta chegue; e se antes da proposta ou junto com ela chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do peticitante, nos termos do art. 428, CC.

Podemos observar uma diferença importante entre a oferta e a proposta, já que ao fornecedor não cabe retratação da oferta, não há na legislação consumerista, a mesma exceção ao princípio da vinculação da proposta que encontramos na legislação civil. Assim, na oferta regulada pelo CDC:

não importa se houve ou não negócio jurídico celebrado com algum consumidor. Poderá até ocorrer, em determinada hipótese, que nenhuma pessoa tenha demonstrado interesse na aquisição do produto ou serviço. Caberá ao que se sentir prejudicado pela frustração da contratação ou ao ente legitimado para agir no interesse dos consumidores a execução específica (forçada) da obrigação de fazer, bem como a indenização por perdas e danos.³⁰

Outra diferença importante é com relação ao silêncio. O silêncio do consumidor jamais poderá ser interpretado como aceitação aos termos da oferta, ainda que haja disposição nesse sentido no corpo da oferta. Se seu silêncio for interpretado como aceite e a partir daí surgir alguma obrigação caberá a indenização. Ao contrário, na proposta do Direito Civil, pode constar que o silêncio implica em aceitação aos termos da proposta. Nesta hipótese, o peticitado deverá manifestar eventual desinteresse em contratar.

Também encontramos diferenças com relação aos efeitos do descumprimento de uma ou outra. Caso haja o descumprimento de uma proposta aceita, caberá à parte lesada o direito à indenização por perdas e danos, enquanto que, caso a oferta não seja cumprida pelo fornecedor, o consumidor poderá escolher, nos termos do art. 35, CDC, entre: cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta; aceitar outro produto ou prestação de serviço

equivalente; ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente paga, monetariamente atualizada, mais perdas e danos.

Enquanto a proposta é dirigida a pessoa determinada, a oferta, regra geral, é dirigida a um número indeterminado de pessoas, consumidores em potencial.

Com relação ao momento de formação do contrato, ou seja, quando há a convergência de vontades entre peticitante e peticitado, o legislador civil adotou as teorias da expedição e da aceitação, ou teoria da agnição ou declaração, não bastando para a formação do contrato a declaração da aceitação, que deve ser expedida ao peticitante, sua simples expedição no prazo já o vincula aos termos propostos.³¹

A oferta do CDC não se confunde com a oferta ao público, também regulada pelo CC, em seu art. 429 e regulada pelas normas da proposta, sendo meio de formação de contrato. Deve ser utilizada quando aquele que oferece o produto ou o serviço não exerce a atividade profissional. Assim, se a oferta é veiculada por quem exerce essa atividade de forma profissional, tratando-se de fornecedor, de se aplicarem as regras do CDC.

Entretanto, se aquele que divulga a oferta ao público não o faz com profissionalismo, não se enquadra na posição de fornecedor, sendo certo que tal oferta destina-se a relações civis e empresariais.³² Como bem lembra ROBERTO SENISE LISBOA:

na oferta ao público constante no novo código, ultrapassado o prazo para a emissão da aceitação, o peticitante fica desonerado de qualquer obrigação. Já nas relações de consumo, há a defesa dos interesses difusos e não há que se cogitar de exoneração da responsabilidade do fornecedor, pois a tutela dos consumidores pode, inclusive, ser feita sob o *aspecto preventivo*, e não só repressivamente. Neste caso, a vinculação do ofertante permanecerá mesmo que nenhum consumidor pretenda adquirir o produto ou o serviço oferecido pelos meios de comunicação

³⁰ Roberto Senise Lisboa. Contratos Difusos e Coletivos, pp. 345-346.

³¹ Ibid.. Manual de Direito Civil volume 3, p. 218.

³² Ibid. Contratos Difusos e Coletivos, pp. 186-187.

utilizados pelo fornecedor. (grifos do autor).³³

Há uma preocupação do CDC com o cumprimento da oferta, veiculada por qualquer meio. E suas regras não se confundem com as regras do CC, pois no caso da proposta do Direito Civil, as partes contratantes estão em pé de igualdade.

Justifica-se a diferença no tratamento, sempre buscando resguardar o consumidor de eventuais lesões causadas pelo fornecedor, obrigando este ao integral cumprimento dos termos da oferta ou a reparar, de alguma forma o consumidor, pois a divulgação da oferta provoca no consumidor uma justa expectativa de contratar, nos termos nela constantes.

7. Oferta na Internet

Fornecedores utilizam cada vez mais os modernos meios de comunicação, seja para divulgação de seus produtos e serviços e ofertas, seja para a efetiva contratação. Surge o comércio virtual, em que o consumidor pode acessar uma página da internet, conhecer o produto do fornecedor, interessar-se pela oferta e efetivamente efetuar a compra de tal produto, sem sequer conhecer o fornecedor, nem sair de sua casa.

Segundo o presidente da Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico, Gastão Mattos, no Brasil há aproximadamente vinte e cinco milhões de internautas, sendo que dois milhões e quinhentos mil realizam compras pela internet, tendo movimentado, em 2003, R\$ 5.100.000.000,00.³⁴ E é justamente em razão do crescente comércio eletrônico que, cada vez mais, fornecedores se estabelecem no ambiente virtual, até porque, a internet é um meio de publicidade e manutenção de uma empresa virtual mais barato do que em estabelecimento físico, além de a internet representar um meio de comunicação em massa.

O custo operacional de uma campanha publicitária pelo envio de *spams*, equivale a menos de 1% do custo operacional de uma campanha publicitária pela televisão ou pelo

rádio³⁵, o que contribuiu para o crescente comércio eletrônico, o que possibilita ao fornecedor aumentar consideravelmente o número de potenciais consumidores com acesso aos produtos e serviços que pretende oferecer. E isso porque, como já tivemos a oportunidade de afirmar, uma vez colocada uma informação na rede mundial de computadores, ela rapidamente é disseminada para um incontável número de pessoas, em curto espaço de tempo e, o mais importante, a baixo custo.

Temos a oferta transmitida por sites para visualização de todos que acessarem, ou mesmo pelo envio de ofertas pelo correio eletrônico para diversos consumidores em potencial. Nas vendas realizadas à distância, o consumidor tem um contato virtual com o produto ou serviço que pretende contratar, sendo certo que conhece o objeto da contratação a partir das informações divulgadas no ambiente virtual pelo fornecedor.

Caso o consumidor efetue a compra nessas condições, poderá, eventualmente, receber algum produto que não corresponda às suas expectativas, ficando insatisfeito com o resultado da contratação.

O fornecedor bombardeia diariamente o consumidor com diversas mensagens eletrônicas com conteúdo publicitário, ofertas essas às quais, evidentemente, se obriga. Tratando-se de oferta, ainda que seja veiculada por meio da rede mundial de computadores, de se reconhecer a aplicação das regras do CDC.

A discussão surge, pois, quando entrou em vigor o CDC, não poderia se prever a revolução digital, e, muito menos, quais seriam os seus reflexos nas relações de consumo. Assim, resta ao operador do direito e ao aplicador da norma amoldar a legislação existente, para não deixar sem proteção o consumidor.

A partir do momento em que o fornecedor veicula oferta pela internet, vincula-se a ela, sendo desnecessário ter ciência de que o consumidor aceitou a oferta. Em outras palavras “a remessa de correspondência eletrônica (e-mail) por parte do consumidor declarando interesse no serviço

³³ Manual de Direito Civil volume 3, p. 220.

³⁴ Freitas Albernaz. Comércio eletrônico e o Código de Defesa do Consumidor.

³⁵ Solon Angelim de Alencar Ferreira. Op. cit.

ou produto é desimportante para a formação de uma obrigação perfeita, que exsurge da declaração unilateral da vontade do fornecedor policitante”.³⁶ Divulgada a oferta no ambiente virtual, aceitando o consumidor os seus termos, forma-se o contrato de consumo, sendo desnecessária a versão materializada do contrato, mas desde que posteriormente seja possível visualizar os termos da obrigação³⁷, para que o consumidor possa fazer valer o que o fornecedor prometeu a partir da oferta.

É importante que a oferta divulgada em ambiente virtual venha acompanhada do nome do fabricante, seu número de inscrição no CNPJ, endereço completo e outros dados necessários à individualização física, real, do fornecedor, para que, na hipótese de descumprimento da oferta, o consumidor saiba a quem responsabilizar (art. 33, CDC).

Ainda, é importante que, de alguma forma, o consumidor materialize aquela oferta, seja a partir da impressão da página virtual em que consta a oferta, seja salvando aquela página no disco rígido de seu computador, uma vez que o ambiente virtual sofre constantes alterações, basta que aquele que mantém o site faça alguns “cliques” e aquela página não estará mais no ar. A retirada da oferta do ambiente virtual, sem que o consumidor a tenha, poderá ser muito prejudicial ao próprio consumidor, que se verá de mãos atadas para poder fazer valer a oferta que lhe interessou.

8. Descumprimento da Oferta

O CDC zela pelos interesses da parte mais fraca da relação, proíbe a revogação da oferta pelo fornecedor, veiculada a oferta pelo fornecedor se o consumidor quiser nesses termos contratar estará o fornecedor obrigado a ultimar o contrato. Vale dizer:

a violação de uma das obrigações constantes na oferta, apresentação ou publicidade, deve ser *previamente* coibida, antes mesmo de qualquer contratação com algum consumidor. Por outro lado, a infringência do conteúdo da oferta, da apresentação e da publicidade que ensejaram a procura dos produtos e

serviços para contratar deve ser coibida *repressivamente* (grifos do autor).³⁸

Caso o fornecedor recuse-se a cumprir a oferta por ele veiculada, caberá ao consumidor uma das alternativas trazidas pelo art. 35, CDC: cumprimento forçado da obrigação, aceitação de outro produto ou prestação de serviço equivalente, ou rescisão do contrato, com direito à restituição da quantia eventualmente paga, monetariamente atualizada, mais perdas e danos. Ao fornecedor que expõe anúncios e ofertas cumpre a obrigação de não frustrar os interesses dos consumidores que surgiram a partir daí.³⁹ O cumprimento forçado da oferta pelo fornecedor consiste em obrigação de fazer.

Ao divulgar a oferta o fornecedor fica sujeito à responsabilidade pré-contratual, que independe da celebração de qualquer contrato, já que decorre do descumprimento do dever imposto pelo princípio da boa-fé objetiva. Ultimada a contratação, o consumidor lesado pode exigir o cumprimento da oferta, nos seus exatos termos, já que aplicável o princípio da vinculatividade ou obrigatoriedade da oferta.⁴⁰ O CDC ampliou o rol dos títulos executivos, a oferta precisa, veiculada por qualquer meio, sujeita-se à execução específica, nos termos do art. 84, consistente no cumprimento forçado da obrigação pelo fornecedor. Está claro o caráter obrigatório e irrevogável da oferta.

Para a validade do contrato virtual de consumo não se exige uma versão impressa. Entretanto, para que posteriormente o consumidor possa fazer valer os seus direitos, deve cuidar para que, de alguma forma, aquela oferta exista fora do ambiente virtual, pois, caso o fornecedor descumpra o que prometeu por meio dela, o consumidor poderá valer-se dos direitos que lhes são assegurados pelo CDC. Sem isso, é bem possível que no futuro não tenha condições de pedir a execução específica da obrigação, nos termos da oferta, ou de ser indenizado moral e materialmente.

O problema maior que se coloca com relação a este tema, como podemos observar, é a dificuldade que o consumidor desatento

³⁶ Guilherme Fernandes Neto. O abuso do direito na internet.

³⁷ Ibid. idem.

³⁸ Roberto Senise Lisboa. Contratos Difusos e Coletivos, p. 342.

³⁹ Ibid. idem, p. 343.

⁴⁰ Ibid. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo, pp. 122-123.

encontra para poder fazer valer seus direitos previstos no CDC quando a oferta é descumprida. Materializada a oferta seus termos são conhecidos, e conhecendo-se o fornecedor é possível localizá-lo, e responsabilizá-lo.

Um dos problemas que se coloca em termos de descumprimento da oferta veiculada pela internet, refere-se ao desmembramento do pedido feito virtualmente pelo consumidor. O consumidor acessa o site do fornecedor e adquire uma determinada quantidade de produtos, que deveriam ser entregues todos juntos e o fornecedor, por qualquer motivo que seja, desmembra o pedido e envia um produto num dia, outro no outro dia e assim por diante, sem qualquer autorização do consumidor nesse sentido. Se o fornecedor remete ao consumidor, sem a concordância expressa deste, somente parte dos produtos solicitados caracteriza-se o descumprimento da oferta, pois se trata de obrigação cumulativa, devendo ser cumprida com a entrega de todos os produtos de uma única vez. Nos dizeres de GUILHERME FERNANDES NETO:

existe uma pluralidade de prestações, o que também se denomina de pluralidade objetiva. Assim, vinculado o fornecedor pela informação precisa, v.g., entregar diversos bens por um determinado preço, está ele vinculado (art. 30, do CDC) por toda a obrigação e suas diversas prestações, sendo abusiva a prática de remessa de parte da mercadoria sem consentimento expresso do consumidor, equivalente a recusa no cumprimento da oferta, em sua integridade, amoldando-se a conduta, ipso facto, na prática infrativa descrita no art. 39, II, do CDC, regulamentado pelo inciso VI, do art. 13, do Decreto nº 2.161/97, ficando o fornecedor sujeito a multa e perdas e danos, haja vista configurar-se o inadimplemento.⁴¹

A propósito do tema, em 2006, 24% dos consumidores virtuais tiveram prejuízo com as compras realizadas no natal, só no período de

15 a 24 de dezembro⁴², o que demonstra ser constante o descumprimento de ofertas realizadas por fornecedores em ambiente virtual, mostrando a necessidade de nova regulamentação do tema.

Diversos são os casos, também, em que o produto visualizado pelo consumidor no ambiente virtual não condiz com produto recebido, daí a importância de imprimir a página virtual em que constava a oferta, ou salvar no disco rígido do computador, para que, posteriormente, possa reclamar pelo descumprimento da oferta. Caso contrário, ficará desprotegido, sem argumentos para a reclamação ou para a execução forçada da obrigação.

Sem contar as vezes em que o consumidor não recebe produto nenhum. Conforme notícia veiculada pelo site “aenoticias”, um consumidor adquiriu a partir de um site estabelecido na internet uma peça de computador, mas quando recebeu o pacote, ao abrir a embalagem, encontrou apenas uma pedra enrolada em papel jornal.⁴³

Isso é comum de acontecer quando o consumidor, ingênuo, adquire produtos em sites que não são conhecidos, pois certamente um site de um fornecedor conhecido não adotaria tal conduta, ou, ainda que adotasse, certamente seria mais fácil para o consumidor exercer seus direitos decorrentes do descumprimento da oferta virtual pelo fornecedor. Sites desconhecidos, sem qualquer relação com fornecedores confiáveis, acabam por gerar esses prejuízos, pois aquele que mantém o site sabe que muitos consumidores efetuarão compras virtuais, bem como o pagamento pelo suposto produto adquirido, que não será entregue. Típico estelionato, ficando o estelionatário resguardado no ambiente virtual, onde consegue facilmente esconder-se, já que cuida para que no site não constem dados que permitam a sua localização e o conseqüente ressarcimento do consumidor lesado.

Sempre que o produto ou o serviço adquirido pelo consumidor a partir de uma oferta divulgada em ambiente virtual, não corresponder exatamente à proposta,

⁴¹ Op. cit.

⁴² Daniela Braun. Incidentes em compras online afetam 24% dos consumidores neste Natal.

⁴³ Compra na internet pode ser uma “pedra no sapato”.

estaremos diante de descumprimento da oferta, ensejando ao consumidor as opções de execução forçada, rescisão com perdas e danos, ou aceitar produto ou serviço equivalente. E isso porque, como bem afirma ROBERTO SENISE LISBOA, é possível a aplicação de normas de proteção ao consumidor na internet, mesmo no caso de oferta ou publicidade eletrônica.⁴⁴

O consumidor deve ter o cuidado de materializar a oferta quando adquirir produtos ou serviços através da internet e sempre guardar todo e qualquer comprovante oriundo da contratação, além adquirir produtos ou contratar serviços de sites conhecidos, que possibilitem o acesso a todo e qualquer dado de identificação do fornecedor, pois isso facilitaria eventuais providências a serem adotadas caso seja descumprida a oferta.

9. Responsabilidade Solidária pela Oferta

Outro assunto relacionado ao tema que gera discussão refere-se à responsabilidade pelo descumprimento da oferta. Assim, por exemplo, se um fornecedor divulga sua oferta em um dado site e posteriormente não a cumpre, cabe indagar se aquele que permitiu a divulgação da oferta também deverá ser responsabilizado pelo seu descumprimento. Responsabilidade que, nos dizeres de ROBERTO SENISE LISBOA:

é o dever civil de reparação do dano causado em virtude do descumprimento da obrigação. Trata-se, pois, de obrigação de natureza subsidiária ou suplementar, a ser imposta em desfavor do devedor, conforme previsto na lei ou no próprio negócio jurídico entabulado entre as partes.⁴⁵

Assim, podemos ter a responsabilidade no âmbito do contrato, hipótese em que estaremos diante da responsabilidade contratual; ou fora do contrato, hipótese essa de responsabilidade extracontratual, que pode ser pré ou pós-contratual. No caso do

descumprimento da oferta pelo fornecedor, estamos diante de responsabilidade pré-contratual, pois ainda na fase de negociações entre fornecedor e consumidor, não tendo, ainda, sido ultimada a contratação.

Assim, veiculando o fornecedor pela internet uma oferta e interessando esta ao consumidor, este procurará o fornecedor a fim de contratar, nos termos da oferta. Não se ultimou, ainda, o contrato, de modo que, caso o fornecedor se recuse a cumprir o que prometeu na oferta, estaremos diante da responsabilidade pré-contratual.

Ao recusar o cumprimento da oferta, o fornecedor causa um prejuízo ao consumidor, que, lesado, poderá pleitear, facultativamente e nos termos do art. 35, CDC, o cumprimento forçado da obrigação, outro produto ou serviço equivalente, ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, além de perdas e danos, que, nos termos do art. 402, do CC, abrange o dano emergente e o lucro cessante, ou seja, “tudo aquilo que a vítima efetivamente perdeu, assim como tudo o que ela deixou razoavelmente de ganhar”.⁴⁶

Assim é porque a oferta veiculada pelo fornecedor causa no consumidor uma justa expectativa de contratar, nos termos constantes da oferta, pois, caso contrário, haveria insegurança jurídica, de modo que o fornecedor poderia veicular ofertas para instigar o consumidor a contratar, mas este seria ludibriado, pois, quando procurasse o fornecedor para contratar, os termos do contrato seriam outros, diferentes daqueles constantes na oferta, situação essa com a qual não se pode compactuar, já que o consumidor ficaria mais vulnerável ainda diante do fornecedor.

Vale lembrar que a responsabilidade do fornecedor, pelo CDC, é objetiva, ou seja, independente de dolo ou culpa. Nos dizeres de SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO:

A diferença essencial entre a responsabilidade civil objectiva e a subjectiva traduz-se no facto da responsabilidade objectiva imputar o dano independentemente da verificação de mera culpa ou de dolo, alheando-se, assim, do

⁴⁴ Manual de Direito Civil volume 3, p. 221.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Silvio Rodrigues. Direito Civil volume 4, p. 185.

'...nexo de imputação psicológica do acto ao agente...'. Pelo contrário, a verificação de mera culpa ou de dolo é indispensável para accionar a responsabilidade civil subjectiva. (grifos do autor).⁴⁷

A responsabilidade subjetiva é baseada na culpa e objetiva, orientada pela teoria do risco, sem culpa, bastando a relação de causalidade entre a conduta do sujeito e o dano suportado pela vítima. Pela teoria do risco, mesmo sendo o comportamento isento de culpa, quem por sua atividade cria risco de dano para terceiro tem a obrigação de reparar.⁴⁸ Pouco importa que o fornecedor, por dolo ou culpa, não possa cumprir a oferta por ele veiculada, pois o consumidor, justamente a partir do conteúdo da oferta divulgada, interessou-se em contratar e a recusa do fornecedor nesse sentido causa evidente prejuízo ao consumidor.

Prevê o § único, do art. 7º, CDC, a responsabilização solidária, quando houver mais de um autor da ofensa, respondendo todos, solidariamente, pelos danos. Quando se trata de divulgação de oferta, podemos dizer que participam desta relação o fornecedor (anunciante), o publicitário (que elabora a publicidade), o veículo de divulgação (qualquer meio de comunicação) e a agência de publicidade.

No caso da veiculação de uma oferta em ambiente virtual, sabemos que não é apenas o fornecedor quem age para que ocorra a divulgação do conteúdo da oferta, é certo, também, que o provedor de internet, por exemplo, também contribuiu para tornar pública aquela oferta. Mas seria o caso de responsabilizá-lo solidariamente com o fornecedor, este sim responsável pelo conteúdo da oferta? Entendemos que não. E isso porque não cabe ao provedor de internet zelar pelo conteúdo das informações que circulam na rede mundial de computadores, seria atribuir-lhe uma tarefa extremamente árdua. Não cabe ao provedor controlar, no caso, o conteúdo das ofertas veiculadas pelos fornecedores no ambiente virtual, verificando

se aquele fornecedor poderá cumprir ou não aquela oferta.

De se ressaltar que, em caso de publicidade manifestamente enganosa ou abusiva, não se pode deixar de responsabilizar toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, que tenha contribuído para a sua divulgação, pois, mediante simples leitura da publicidade, facilmente é possível identificar a abusividade ou a enganabilidade. Como bem lembra SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA LEMOS:

é do anunciante, proprietário ou não da agência, a responsabilidade pelo cumprimento integral da informação ou publicidade divulgadas, por ser ele quem fornece à agência as informações técnicas sobre os produtos e serviços anunciados, denominada 'briefing', e quem aprova o conteúdo da mensagem publicitária.⁴⁹

Apesar disso, o mesmo autor lembra a responsabilidade solidária, prevista no art. 7º, § único, CDC, no caso de oferta divulgada mediante publicidade enganosa ou abusiva. Nessa hipótese, os veículos de comunicação devem ter o cuidado de não divulgar publicidade que seja manifestamente enganosa ou abusiva, veicular mensagens sem erros ou alterações e organizar arquivos com dados relativos ao anúncio, conforme já afirmamos.

O provedor deve, isto sim, proceder ao cadastro daquele que se utiliza de seus serviços, mantendo um cadastro fidedigno dos dados do fornecedor, para o caso de o consumidor, ao sentir-se lesado pelo descumprimento da oferta, ter a quem recorrer, no caso ao provedor, para poder adotar as medidas judiciais cabíveis, fazendo valer aquela oferta. Caso o provedor não mantenha esse cadastro, ou caso não se certifique da veracidade dos dados fornecidos pelo fornecedor quando da contratação dos serviços, aí sim deverá ser responsabilizado solidariamente, pois sua conduta não foi compatível com as suas obrigações. Para FREITAS ALBERNAZ,

as disposições do Código do Consumidor referentes a

⁴⁷ Op. cit., p. 61.

⁴⁸ Silvío Rodrigues. Direito Civil volume 4, p. 11.

⁴⁹ Op. cit., 151.

publicidade no ambiente virtual equipara-o a canais de televisão, rádio, outdoors, entre outros mecanismos publicitários, e ao contrário do que alguns doutrinadores dispõem o anunciante bem como o veículo de comunicação devem responder solidariamente pelos dados veiculados, pois nos termos do art. 7º, § único, todos que participaram da produção do anúncio e de sua veiculação, serão responsáveis solidários. A agência, como produtora do anúncio responde solidariamente com o anunciante, independente do tipo de contrato que com ele tenha estabelecido, bem como o veículo (internet ou não), pois é o instrumento de contato com o público consumidor (pois pode e deve negar a veiculação de publicidade que fere o CDC e o CBAP).⁵⁰

Diferente é a situação do dono de um site destinado às relações de consumo que permite a divulgação pelo fornecedor de ofertas. Neste caso, entendemos que o hospedeiro da oferta deverá ser responsabilizado solidariamente, pois também se trata de fornecedor, e sua conduta é pautada pelos princípios da boa-fé e transparência. Tratando-se de um site de vendas, que permite a divulgação de ofertas por diversos fornecedores, sua responsabilidade é solidária.

O mesmo não se aplica ao dono de um site que não se destina a vendas, cujo foco principal não seja relações de consumo, pois permite apenas que o fornecedor torne pública a sua oferta, mas não se responsabiliza pelo seu conteúdo e nem pelo seu descumprimento.

Outra, ainda, é a situação daquele que patrocina a publicidade, pois neste caso o patrocinador responsabiliza-se pela veracidade de seu conteúdo.⁵¹ Conforme ROBERTO SENISE LISBOA, no caso de responsabilidade pela informação veiculada, por todo e qualquer veículo de comunicação:

a legislação protetiva do consumidor imputa a responsabilidade decorrente da publicidade enganosa ou abusiva

em desfavor de seu patrocinador e do seu publicitário, omitindo-se em regular a questão, sobre eventual responsabilidade do veículo de comunicação, o que pode ensejar, a princípio, a equivocada conclusão de sua irresponsabilidade. O fornecedor é o responsável pela informação divulgada mediante qualquer forma de oferta ou publicidade, veiculada por qualquer espécie de meio de comunicação. Vigora, neste caso, o *princípio da vinculação* do fornecedor à oferta e à publicidade, que passa a integrar o conteúdo de eventual contrato que venha a ser celebrado.⁵²

A questão é saber se veículo de comunicação teria ou não responsabilidade pela publicidade enganosa ou abusiva, já que não é o fornecedor do produto ou serviço, apenas divulga as informações do verdadeiro fornecedor. Para ROBERTO SENISE LISBOA:

a resposta mais adequada é: a responsabilidade será imputada em desfavor do veículo de comunicação cuja conduta demonstrar-se incompatível com o princípio da razoabilidade, que se encontra implícito em todo o microsistema instituído pela Lei 8.078/90. É o que pode ocorrer quando o conteúdo da mensagem publicitária for de responsabilidade do próprio veículo de comunicação, ou, ainda, quando houver evidente indício de enganabilidade ou abusividade do anúncio. Claro que o veículo de comunicação não possui o papel de censor ou fiscalizador da atividade desenvolvida pelas agências de publicidade e seus clientes respectivos.⁵³

Não há nenhum óbice à responsabilidade objetiva do veículo de comunicação, já que entidade concessionária do serviço público federal, conforme art. 37, § 6º, da CF⁵⁴, mas desde que a publicidade seja manifestamente enganosa ou abusiva, o mesmo não ocorrendo

⁵⁰ Op. cit.

⁵¹ Roberto Senise Lisboa. Contratos Difusos e Coletivos, p. 186.

⁵² Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo, p. 304.

⁵³ Idem, p. 305.

⁵⁴ Ibid. idem, p. 306.

em caso de descumprimento da oferta quando o veículo de comunicação não tratar de relações de consumo especificamente.

A responsabilidade pela publicidade é objetiva, assim como a responsabilidade pelo CDC é. E isso porque a verificação da intenção real do fornecedor, quando da veiculação da oferta, não precisa ser conhecida, pouco importa.

Assim é que, entendemos, estaremos diante de responsabilidade solidária de todos os que contribuíram para a divulgação da oferta, posteriormente descumprida pelo fornecedor, quando estiverem em conluio com este, que desde o primeiro momento sabia que não poderia cumprir a oferta; ou quando tratar-se também de fornecedor e auxiliar na divulgação da oferta, pois, nesta hipótese, submete-se a todos os princípios orientadores das relações de consumo, devendo zelar pelos interesses e direitos dos consumidores.

10. O Dever de Indenizar

Nos dizeres de PONTES DE MIRANDA, “reparar e restituir compreendem a recomposição natural e a recomposição pelo equivalente. Indenizar, em sentido estrito, é somente prestar o equivalente. O dever de indenizar supõe ter havido dano”.⁵⁵ Realmente, a indenização não é substitutiva, mas sim equilibrante do patrimônio.⁵⁶

No caso da oferta descumprida pelo fornecedor, o consumidor tem direito à indenização, se assim preferir, por ter sido lesado material e moralmente. Materialmente, no caso de ter adiantado algum pagamento para receber o produto divulgado na oferta; e moralmente, porque tinha a intenção de receber o produto contratado a partir da divulgação da oferta, instrumento esse pelo qual o fornecedor estimulou o consumidor a contratar, razão pela qual terá a obrigação de reparar o dano sofrido pelo consumidor.

Tendo em vista que, nos termos do art. 35, CDC, caberá ao consumidor escolher entre executar forçadamente a obrigação, fazendo o fornecedor cumprir a oferta, ou receber produto ou serviço equivalente, ou, ainda,

rescindir o contrato, recebendo a devolução de eventual quantia paga e a respectiva indenização, não se pode afirmar que só neste caso o dever de o fornecedor indenizar estará presente.

Apesar de não haver expressa disposição legal no sentido de cominar-se a execução forçada ou o recebimento de produto ou serviço equivalente com perdas e danos, entendemos ser possível, pois quando o consumidor vê-se lesado pelo descumprimento da oferta, ainda que não tenha efetuado nenhum gasto, como pagamento antecipado, é certo que não se pode ignorar o dano moral por ele sofrido, ludibriado pelo fornecedor, que o incentivou a contratar a partir da oferta posteriormente por ele descumprida.

Assim é que, entendemos, a indenização por danos morais sempre poderá ser combinada com a execução forçada ou com o recebimento de produto ou serviço equivalente, caso o fornecedor tenha descumprido a oferta por ele divulgada.

Não se justifica a indenização por danos materiais já que, nessas hipóteses (execução forçada ou recebimento de produto ou serviço equivalente), não há qualquer prejuízo de ordem material para o consumidor.

11. Crimes Contra o Consumidor

Atento para o fato de o consumidor ser a parte mais fraca da relação jurídica de consumo, bem como para o fato de que o fornecedor, aproveitando-se dessa hipossuficiência e vulnerabilidade, pratica condutas que podem lesionar o consumidor, o legislador entendeu por bem tipificar determinadas condutas como crimes contra a relação de consumo. Assim é que há tipificação de condutas consideradas nocivas e perigosas, relacionadas a produtos e serviços, fraudes em oferta, publicidade enganosa e abusiva e práticas abusivas.⁵⁷

O CDC tipifica crimes contra as relações de consumo em seus arts. 63 a 74. Especificamente sobre o descumprimento da oferta pelo fornecedor, não encontramos qualquer tipificação. Entretanto, há algumas condutas tipificadas que se referem à publicidade (arts. 66 a 69).

⁵⁵ Tratado de Direito Privado volume 22: parte especial, p. 181.

⁵⁶ Op. cit., p. 182.

⁵⁷ Rodrigo Priolli de Oliveira Filho. Op. cit., p. 65.

Ainda, é possível subsumir o descumprimento da oferta pelo fornecedor ao tipo do art. 66, *in verbis*: “fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços”. A pena para este crime é de detenção de três meses a um ano e multa, incorrendo na mesma pena aquele que patrocina a oferta. O § 2º deste dispositivo legal prevê a modalidade culposa.

Entendemos ser possível amoldar o descumprimento da oferta a este tipo considerando-se que as informações constantes na oferta devem corresponder fielmente ao produto ou serviço por ela divulgado. Assim é que, caso o consumidor, a partir de uma oferta virtual, adquira o produto ou contrata o serviço por ela divulgado, que não corresponde às informações constantes na oferta, outra não pode ser a conclusão que não pela falsidade de tais informações, caracterizando, portanto, o ilícito em questão.

Conclusões

A relação de consumo virtual também se submete às regras e princípios do CDC, apesar deste diploma legal ser da década de 90 e ainda estarmos vivenciando a revolução digital, em constante evolução e aperfeiçoamento. Entretanto, não basta a afirmação de que a relação de consumo virtual regula-se pelo CDC, pois na prática o consumidor, para fazer valer seus direitos e poder aplicar tal diploma legal, encontra sérias dificuldades.

E isso porque, no ambiente virtual, é possível que o fornecedor “se esconda”, não colocando no site as informações mínimas e necessárias para que o consumidor lesado possa recorrer ao Poder Judiciário para fazer valer seus direitos, pois não consegue encontrar o fornecedor no mundo físico.

E mais, também é difícil fazer valer uma oferta veiculada em uma página da internet, pois as alterações que o fornecedor procede no site são muito rápidas e, num instante imediatamente posterior àquele em que o consumidor teve acesso à oferta, é bem possível que tal oferta já não esteja mais no mundo virtual, o que implica em falta de prova

daquela oferta, não sendo suficiente a palavra do consumidor.

Assim é que o consumidor, ao visualizar uma determinada oferta que lhe interesse no ambiente virtual e pretenda adquirir o produto ou o serviço por ela divulgado, deverá, de alguma forma, materializar aquela oferta, seja pela impressão da página, onde constam todos os dados necessários, seja salvando essa página no disco rígido de seu computador.

Entretanto, o fato é que não se pode transferir para o consumidor toda a responsabilidade pelo êxito da relação de consumo, ou, ainda, pela possibilidade de efetivação de seus direitos previstos no CDC.

Sim, porque dizer que é o consumidor quem deve ter o cuidado com os sites em que efetua as compras virtuais, que é o consumidor quem deve materializar de alguma forma a oferta divulgada na internet, significa dizer que a parte mais fraca, vulnerável e hipossuficiente desta relação é quem deve tornar-se a parte mais responsável.

Afigura-se no mínimo injusto colocar o consumidor em tal posição. É por essa razão que o Poder Legislativo, deve amoldar a legislação consumerista à nova sociedade, à Sociedade da Informação, à Sociedade Digital, com normas aptas a salvaguardar os direitos do consumidor na nova relação de consumo virtual. Urge a promulgação de leis que imponham a obrigação de todo e qualquer fornecedor estabelecido em ambiente virtual disponibilizar, de forma simples e de fácil acesso ao consumidor, dados que possibilitem a este encontrá-lo no mundo físico, para que possa adotar a medida que entender cabível em caso de descumprimento da oferta.

A nova legislação deve, também, atentar para o fato de que provedores de internet, bem como hospedeiros de sites, devem ter a responsabilidade de armazenar os dados de toda e qualquer pessoa que pretenda estabelecer-se no ambiente virtual na qualidade de fornecedor, pois, caso o próprio fornecedor não cumpra as normas e não forneça as informações necessárias para a sua localização no mundo físico, caberá ao provedor ou ao hospedeiro fornecer tais informações ao consumidor lesado, para que este possa valer-se dos direitos previstos no CDC.

Entretanto, enquanto não se atualizar a legislação consumerista, ao consumidor, ainda que de forma injusta, caberá zelar pelos seus interesses e pelos seus direitos, sob pena de ser extremamente lesado.

Assim é que o consumidor deverá apenas efetuar compras virtuais em sites

conhecidos e de certa credibilidade, bem como deverá guardar todo e qualquer comprovante da negociação, desde a oferta divulgada pelo fornecedor, até o comprovante de efetiva entrega do produto adquirido ou do serviço contratado.

REFERÊNCIAS

- ALBINO, Araceli. A violência e suas vertentes. **Revista Psique, Ciência e Vida**. Ano V, n. 49. Editora Escala, 2010, p. 52-59.
- BELTRAMONE, Guillermo; ZABALE, Ezequiel. **El Derecho en La Era Digital – derecho informático de fin de siglo**. Argentina: editorial Juris, 1997.
- BEANE, Allan L. **Proteja seu filho do Bullying**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2010.
- CIMIERI, Fabiana. Site receberá denúncias de abuso. **Jornal O Estado de São Paulo**. Caderno Cidades/Metrópole, 13.05.08, p. C4.
- DUPRAT, Nathalia. **Cyberbullying: uma triste violência da internet**. Disponível em: <http://capricho.abril.com.br/comportamento/cyberbullying-triste-violencia-internet-415968.shtml>. Acesso em: 28.04.08.
- ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- EISENSTEIN, Evelyn; ESTEFENON, Susana (orgs.). **Geração Digital: riscos e benefícios das novas tecnologias para crianças e adolescentes**. Rio de Janeiro: Vieira e Lent, 2008.
- FIGUEIREDO, João; LIMA, Roberta de Abreu. **Bullying**. **Revista Veja**. 05/05/10, p. 99 – 102.
- GUIMARÃES, Janaína Rosa. **Violência escolar e o fenômeno bullying - A responsabilidade social diante do comportamento agressivo entre estudantes**. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=80895. Acesso em: 30.03.09.
- _____. **O fenômeno Bullying. A responsabilidade jurídica diante do comportamento agressivo de estudantes**. **Revista Visão Jurídica**. Edição n. 36/2009. Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/36/artigo141563-4.asp>. Acesso: 02/12/09.
- HABER, Joel. **Cyberbullying**. Disponível em: <http://www.respectu.com/cyberbullying.htm>. Acesso em: 06/12/09.
- JESUS, Damásio E. de. **Stalking**. Em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10846>. Acesso em: 10.12.09.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- LEITÃO, Carla Faria; NICOLACI-DA-COSTA, Ana Maria. Impactos da internet sobre pacientes: **a visão de psicoterapeutas**. **Psicol. estud.**, Maringá, v. 10, n. 3, 2005, p. 3.
- MILAGRE, José Antonio. **O Stalking na Internet**. **Revista Jurídica Consulex** nº 302. 17/8/2009.
- MORAIS, Tito. **Bullying e Cyberbullying: as diferenças**. **Artigos de Opinião**. Set./2007. Disponível em: <http://www.miudossegurosna.net/artigos/2007-09-11.html>. Acesso em: 01.04.09.
- OLIVEIRA, Sara R. **Cyberbullying: fenômeno sem rosto**. Disponível em: <http://www.educare.pt/educare/Actualidade/Noticia.aspx?contentid=45F563C7EFA931C9E04400144F16FAAE&opsel=1&channelid=0>. Acesso em: 01.04.09.
- ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **A informática e a telemática ante o Direito Penal**. 1. ed. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.
- SANTOMAURO, Beatriz. **Violência Virtual**. **Revista Nova Escola**, Ano XXV, n. 233, junho/julho, 2010, p. 66-73.
- SILVA, Ana Bratriz Barbosa. **Mentes Perigosas nas Escolas: Bullying**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.
- TAIAR, Rogério. **A dignidade da pessoa humana e o Direito Penal – A tutela penal dos direitos fundamentais**. São Paulo: SRS, 2008.
- TRAUTMANN M., Alberto. **Maltrato entre pares o bullying**. Una visión actual. **Revista Chilena de Pediatría**. V.79, n.1 Santiago feb. 2008. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41062008000100002&lang=pt. Acesso em: 25/06/10.