



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Publicidade no Comércio Eletrônico

Paula Szwarc

Rio de Janeiro
2015

PAULA SZWARC

A Publicidade no Comércio Eletrônico

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2015

A PUBLICIDADE NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Paula Szwarc

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar os problemas surgidos, para o consumidor, referentes ao comércio eletrônico, mais especificamente voltado para a oferta e a publicidade nesse novo e emergente mercado de consumo. Verifica-se a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor nessas relações de consumo virtuais. A análise é iniciada a partir de um estudo histórico da criação do comércio eletrônico, para posteriormente verificar a legislação nacional aplicável à oferta e publicidade no comércio eletrônico. Será demonstrada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em práticas comerciais de oferta e publicidade, específicas do comércio eletrônico.

Palavras chaves: Direito do Consumidor; Comércio Eletrônico; Publicidade Abusiva e Enganosa; Oferta; Código de Defesa do Consumidor.

Sumário: Introdução. 1. O Comércio Eletrônico. 2. O Direito do Consumidor e Seu Âmbito de Aplicação. 3. Oferta e Publicidade no Comércio Eletrônico. 4. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A chamada “Revolução da Mídia”, trouxe grande evolução tecnológica, principalmente no campo da internet. Isso aumentou o alcance dos meios tradicionais de comunicação, gerando novas relações jurídicas. Este projeto de pesquisa pretende realizar uma análise a respeito da aplicação dos remédios jurídicos, em especial do Código de Defesa do Consumidor, sobre tais relações.

A internet trouxe novas possibilidades, sendo o comércio eletrônico a principal delas. Com ela, tornou-se possível a superação das fronteiras territoriais, não sendo mais necessários

os meios concretos ou materiais para provar o acordo de vontades. Assim, surgiu um mundo novo, uma nova era, proporcionando uma transformação social.

Portanto, trata-se de tema de especial relevância para o meio acadêmico e prático-forense, já que a revolução tecnológica, no campo das relações de consumo, com o uso da rede mundial de computadores, tem gerado inúmeras demandas ao judiciário, por violação aos direitos do consumidor.

O principal problema abordado nesse estudo é a questão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor na oferta e publicidade no comércio eletrônico, questionando-se se essa legislação traria a efetiva proteção do consumidor, exigida pelo inciso II, do art. 4º, do Código de Defesa do Consumidor, como princípio da política nacional de relações de consumo.

Sendo assim, propõe-se neste artigo científico a elaboração de uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações advindas do comércio eletrônico, pois o consumidor que se utiliza de tal desenvolvimento tecnológico ainda encontra muitos problemas para que tenha garantidos seus direitos nas relações de consumo.

1. O COMÉRCIO ELETRÔNICO

O desenvolvimento do comércio eletrônico deve ser estudado a partir da criação da internet, por ser esse o seu âmbito de existência. De acordo com Ricardo L. Lorenzetti, “A Internet é uma rede internacional de computadores interconectados, que permite que se comuniquem entre si dezenas de milhões de pessoas, bem como o acesso a uma imensa quantidade de informações de todo mundo.”¹

¹ LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 24-25.

Sendo a internet uma importante ferramenta de comunicação e de aproximação de pessoas, faz com que surjam novas relações.

Com a criação do World Wide Web², no início da década de 90, a internet passa a ser explorada comercialmente. Foi quando surgiu o *e-commerce*, uma nova forma de comércio.

Com o desenvolvimento da tecnologia, as páginas da *internet* possibilitaram a criação de lojas virtuais como são conhecidas atualmente, onde se formalizam o comércio eletrônico e os contratos eletrônicos.

Hoje em dia, é possível falar-se em dois tipos de comércio: o comércio clássico ou tradicional, e o comércio eletrônico. O comércio tradicional é aquele feito em estabelecimento comercial, onde o cliente compra produtos pessoalmente. Já o comércio eletrônico pode ser definido como um conjunto de atividades comerciais que ocorrem on-line, envolvendo um processo de compra e venda pela Internet, entre diferentes ramos comerciais, podendo envolver produtos físicos ou virtuais e também serviços.

Essas contratações são “conduzidas por meios eletrônicos, e-mail, mensagens de texto, por Internet (on-line) ou por meios de telecomunicação de massa (telefones fixos, televisão a cabo, telefones celulares)”³.

O comércio eletrônico, de acordo com Fábio Ulhôa Coelho, é “a venda de produtos (virtuais ou físicos) ou a prestação de serviços realizados em estabelecimento virtual”⁴.

A proposta deve ser aceita pelo consumidor ou adquirente por meio da transmissão eletrônica de dados, que ocorre no estabelecimento virtual. Dessa forma, o comércio eletrônico estará caracterizado.

² De acordo com FINKELSTEIN, *World Wide Web* é um “sistema de documentos interligados que são acessados por meio de navegadores”. (FINKELSTEIN, 2010, p. 24).

³ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo os negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 35.

⁴ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. V. 3: direito de empresa. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 32.

O estabelecimento empresarial, para Fábio Ulhôa Coelho, “é o conjunto de bens reunidos pelo empresário para a exploração de sua atividade econômica”⁵. É uma universalidade de fato e de direito, composta de bens de natureza corpórea e incorpórea, organizados para o exercício da atividade empresarial.

Já o estabelecimento empresarial digital ou virtual, na visão de Liliana Minardi Paesani:

É uma universalidade de fato e de direito composta de bens materiais e imateriais operados pelo empresário de forma organizada, exteriorizado digitalmente e acessável diretamente ou remotamente por meio de tecnologia (a exemplo de sites ou de estabelecimentos acessáveis por equipamentos móveis ou outras tecnologias)⁶.

Sendo assim, o estabelecimento virtual é o site pelo qual se constituem as relações de consumo entre as partes.

Serão considerados comércio eletrônico o comércio de produtos virtuais e também o comércio de produtos físicos, que se utilizam do meio eletrônico para se concretizar.

Sendo o contato entre fornecedor e consumidor meramente virtual, o e-commerce pode ser considerado como uma nova modalidade de compra à distância, envolvendo todas as fases do negócio jurídico, como as atividades pré e pós contratuais.

Há três principais formas de concretização do comércio eletrônico, de acordo com Joel Timóteo Ramos Pereira:

O catálogo de produtos e serviços – nos quais há a mera exposição dos produtos e/ou serviços oferecidos pela empresa, sendo necessária a busca de um estabelecimento comercial ou de meio telefônico para concretizar o contrato – leilões – nos quais a forma mais comum é a relação entre pessoas físicas – e lojas virtuais – que “permitem encontrar e adquirir o produto” por meio digital.

⁵ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. V. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 99.

⁶ PAESANI, Liliana Minardi *et al.* *O direito na sociedade da informação* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

2. A RELAÇÃO DE CONSUMO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável em todas as fases contratuais, seja antes, durante a após a formação do contrato nas relações de consumo. O art. 3º, do CDC define o fornecedor. Veja-se:

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, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O fornecedor é aquele que oferta produtos e/ou serviços aos consumidores. Por cada etapa desse processo há um responsável, que será demandado caso algum dano seja causado ao consumidor.⁷ O art. 3º, CDC enumera tais fornecedores.

Então, todos os que vierem a atuar em quaisquer das fases da produção de produtos ou do fornecimento de serviços, no território brasileiro, com a finalidade de oferece-los ao mercado de consumo, será considerado fornecedor, devendo ser responsabilizado como tal, nos termos do CDC.

Já o consumidor é conceituado pelo art. 2º do CDC como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

O que caracteriza o consumidor é a utilização do produto ou serviço como destinatário final. Conforme salienta José Geraldo Brito Filomeno:

[o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial].⁸

⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. Arts. 1º a 3º, In: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do projeto de lei do Senado Federal nº 281/2012*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 47.

⁸ *Ibid.*, p. 28.

Entende-se que o destinatário final do produto ou serviço é aquele que o retira de circulação, sem o objetivo de revendê-lo ou de utilizá-lo para uso profissional.⁹

Há, ainda, a figura do consumidor equiparado, nos termos do parágrafo único do art. 2º e dos artigos 17 e 29, todos do CDC. Nesse sentido, destaca Cláudia Lima Marques:

[No CDC, o consumidor não é só uma definição meramente contratual (o adquirente), mas visa também proteger as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, como a publicidade enganosa, e das práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradoras, sejam ou não destinatárias finais. (...) O ponto de partida dessa extensão do campo de aplicação do CDC é a observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado].¹⁰

Também será consumidor, de acordo com o art. 2º, parágrafo único, CDC, “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”¹¹.

O art. 17, do CDC, dispõe sobre a proteção das vítimas de acidentes de consumo, o que amplia a proteção individual e coletiva do consumidor, uma vez que o indivíduo que vier a sofrer algum dano por um vício no produto ou na prestação de serviço, mesmo que não tenha participado da relação de consumo em si, será abrangido pela proteção do Código, pois se tornou uma vítima do evento. O fornecedor deverá indenizá-la pelos danos sofridos.

A figura do consumidor equiparado, prevista no artigo 29 do CDC, protege todos aqueles que ficam expostos a práticas pré-contratuais, como a oferta e a publicidade. Assim, será consumidor, mesmo que não participe da relação de consumo em si, todas as pessoas que forem vítimas de alguma prática abusiva, dado que o Código de Defesa do Consumidor ampliou seu âmbito de aplicação para alcançá-las.

Ainda, deve o consumidor apresentar vulnerabilidade em relação ao fornecedor. A vulnerabilidade é, de acordo com Cláudia Lima Marques, "uma situação permanente ou

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Campo de aplicação do CDC, In: *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 84-85.

¹⁰ *Ibid.*, p. 83 e 97.

¹¹ BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 abril 2015.

provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo"¹².

Segundo a autora, há quatro tipos de vulnerabilidade, quais sejam: técnica, jurídica, fática e informacional.¹³

A vulnerabilidade técnica se verifica quando o consumidor não possui conhecimentos técnicos sobre o produto ou serviço que pretende adquirir.¹⁴ Já a vulnerabilidade jurídica, configura-se pela ausência de conhecimentos legais sobre a relação de consumo¹⁵. A vulnerabilidade fática ocorre pela superioridade do fornecedor em relação ao consumidor, já que o fornecedor é contratante profissional, habituado aos riscos do mercado de consumo, enquanto que o consumidor contrata ocasionalmente.¹⁶ Por fim, a vulnerabilidade informacional é configurada pela deficiência na prestação de informações sobre o produto e serviço fornecidos ao consumidor,¹⁷ que fica fragilizado pela ausência de informações necessárias para a contratação.

3. CAMPO DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO DE CONSUMO FORMADA NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

A legislação aplicada ao e-commerce, no Brasil, é composta, basicamente, pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), criado em 1990, quando o comércio eletrônico praticamente não existia. Por isso, não possui elementos específicos para o comércio pela Internet. Aplica-se, ainda, o Decreto nº 7.962/2013, que completou as lacunas e passou a vigorar em paralelo ao CDC, tornando-se o principal regulamento do e-commerce no Brasil.

¹² MARQUES, Cláudia Lima. Campo de aplicação do CDC, In: *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 87.

¹³ *Ibid.*, p. 88.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*, p. 90.

¹⁶ *Ibid.*, p. 91.

¹⁷ *Ibid.*, p. 94.

Conforme já exposto, para que seja configurada a relação de consumo, deve haver um fornecedor habitual e um consumidor vulnerável, formando, assim, a chamada relação Business to Consumer.¹⁸

No comércio eletrônico, os fornecedores serão aqueles que ofertam produtos e/ou serviços por meio de um website, podendo configurar qualquer uma das figuras expostas no art. 3º, do CDC, uma vez que até os fabricantes podem vender seus produtos na internet sem a intermediação de distribuidor ou comerciante.

Então, a única adequação necessária para a configuração do fornecedor no comércio eletrônico é que sua manifestação de vontade, inclusive as ofertas de seus produtos e/ou serviços, sejam realizadas na internet, por meio de um site, que visa a atividade comercial e a estimulação do consumo, sendo este site o estabelecimento empresarial do fornecedor.

O consumidor, no comércio eletrônico, configura-se da mesma forma do comércio tradicional, aplicando-se os conceitos de consumidor expostos nos artigos 2º, caput e parágrafo único, 17 e 29, do CDC aplicando-se, também, os quatro tipos de vulnerabilidade já demonstrados.

Porém, a vulnerabilidade do consumidor de comércio eletrônico alcançará um nível muito mais alto que no comércio tradicional, pois se trata de um contrato firmado à distância. Por isso, o consumidor de comércio eletrônico deve ser protegido pelo Código de Defesa do Consumidor com muito mais rigor do que ocorre com o consumidor tradicional.

Este contrato sempre terá será um contrato de adesão, uma vez que o meio utilizado para firmar o contrato – a internet – impossibilita a negociação, diferente da relação de consumo tradicional.

¹⁸ O comércio eletrônico se divide em contratações eletrônicas entre pessoas físicas (contrato regulado pelo Código Civil), entre empresas – relação business-to-business, B2B – regulado pelo Direito Comercial, e relações entre pessoas física (consumidor) e pessoa jurídica (fornecedor) – conhecida como business-to-consumer (B2C) – que é a relação de consumo, que importa ao Código de Defesa do Consumidor.

Mesmo com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a essa inovadora relação de consumo, existem “aspectos próprios do mundo digital e do mundo da informação”¹⁹ que necessitam de regulação própria e de soluções novas.

Ao mesmo tempo em que há a redução dos custos da transação, beneficiando o consumidor, há também causas de abusividade na relação de consumo, como, por exemplo, o desrespeito ao direito de reparação de danos causados ao consumidor, ao direito de arrependimento e à política de trocas/devolução do dinheiro.

Por isso, considera-se que as relações de consumo virtuais apresentam a oferta baseada na aparência e a aceitação baseada na confiança.²⁰

Logo, a confiança é indispensável para o funcionamento do sistema. Sobre a confiança do consumidor, Karine Behrens da Silva destaca:

Embora o princípio da confiança não esteja positivado em nosso ordenamento jurídico, este decorre dos princípios da transparência e da boa-fé e consiste na credibilidade que o consumidor deposita no fornecedor ou no vínculo contratual.²¹

Assim, o princípio da confiança está presente no direito do consumidor, abrangendo todas as relações de consumo. A confiança é o ponto principal para o desenvolvimento do comércio eletrônico, pois o consumidor só utilizará esse mecanismo de compra virtual se ele lhe inspirar credibilidade.

¹⁹ LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 354.

²⁰ *Ibid.*, p. 373-374.

²¹ SILVA, Karine Behrens da. Proteção do consumidor no comércio eletrônico. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 16, n. 2814, 16 de março de 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18701>>. Acesso em: 21 de agosto de 2011.

4. OFERTA E PUBLICIDADE SOB A LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A autonomia de vontade do consumidor, vulnerável na relação de consumo, é resguardada pelo ordenamento jurídico para impedir o uso de métodos agressivos que submetam o consumidor à vontade do fornecedor.

A oferta, para fins consumeristas, se iguala a práticas de marketing, servindo como atrativo do consumidor para os produtos e/ou serviços oferecidos no mercado de consumo.

O art. 30, CDC, dispõe que:

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.²²

Assim, o próprio legislador ressalta a necessidade de precisão da oferta, explicitando o princípio da vinculação da oferta.

Segundo Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, para que se configure uma oferta é necessário que:

A oferta seja precisa (= autossuficiente, vale dizer, completa e inequívoca, sem vagueza ou incongruências, trazendo as cláusulas essenciais do contrato, pelo menos as relativas ao preço e à coisa), dirigida a seu destinatário (= declarada e, em alguns sistemas, como o argentino, com destinatário certo ou determinado) e firme (= séria, mesmo que com reservas, mas carregando, de qualquer maneira, a intenção inequívoca de obrigar-se).²³

O Código de Defesa do Consumidor igualou, para fins protetivos, a publicidade à oferta, sujeitando o fornecedor ao que foi anunciado, desde que veiculada de forma suficientemente precisa. Assim, uma vez aceita a proposta pelo consumidor, esta será incorporada no contrato, vinculando o fornecedor ao cumprimento daquilo que foi ofertado.

²² BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 ago. 2012.

²³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Oferta e Publicidade*, In: *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 212.

Essa prática é conhecida como princípio da vinculação da oferta, que apresenta dois requisitos para seu reconhecimento prático: a veiculação e a precisão da informação²⁴.

Portanto, a oferta, desde que suficientemente precisa e contendo as características mínimas para o convencimento do consumidor, terá capacidade de obrigar o fornecedor ao seu adimplemento, pela confiança gerada no consumidor pelo fornecedor.

Além disso, a oferta séria é aquela que não contém elementos de exagero ou elementos absurdos²⁵ na sua mensagem, uma vez que as ofertas devem mostrar a real intenção do fornecedor, de aperfeiçoar a relação de consumo.

Apenas a oferta séria, que contém os elementos de veiculação e mínima precisão, deve vincular o fornecedor, já que os elementos exagerados contidos na oferta não conseguem induzir o consentimento do homem médio, não podendo o fornecedor ser responsável pela ausência de percepção da realidade do consumidor.

Pela forma obrigatória do princípio da vinculação, o fornecedor será responsabilizado²⁶ pela oferta e informações disponibilizadas ao consumidor²⁷ mesmo que se recuse ao cumprimento da oferta, na forma do art. 35, do CDC.

Assim, o consumidor poderá escolher livremente que medida tomar, não havendo necessidade de seguir a ordem apresentada nos incisos do art. 35, do CDC.

A publicidade é uma forma remunerada do fornecedor, que a quiser utilizar, para anunciar seu produto ao mercado de consumo.

A publicidade, assim como a oferta, vincula o fornecedor, gerando um dever de cumprimento e do anunciante no contrato da relação de consumo que vier a existir. No

²⁴ Ibid., p. 215.

²⁵ Fenômeno conhecido na doutrina consumerista como puffing.

²⁶ A responsabilidade do fornecedor será objetiva, tendo em vista a proteção do vulnerável pelo sistema consumerista, não importando a culpa do fornecedor. Assim, basta que a oferta e/ou informação esteja vinculada de forma suficientemente precisa para que este fornecedor seja obrigado a cumpri-la.

²⁷ Como já demonstrado anteriormente, aqui consumidor será considerado tanto o consumidor direto, quanto o mercado de consumo exposta à tal prática comercial, enquadrado no art. 29, do Código de Defesa do Consumidor.

enfoque consumerista, a publicidade possui princípios específicos, necessários a sua aplicação, quais sejam: princípio da veracidade, da clareza, da correção e da informação.²⁸

O princípio da veracidade consta do texto legal, no § 1º do art. 37, do CDC, que assim dispõe:

§ 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.²⁹

Paulo Vasconcelos Jacobina afirma, sobre tal princípio, que “os princípios veiculados pela publicidade não devem ser capazes de induzir o consumidor a erro sobre as verdadeiras características do produto ou serviço”³⁰

Assim, devem ser verdadeiras as informações oferecidas ao consumidor na publicidade, sendo vedadas por lei as informações falsas ali geradas.

Já o princípio da clareza é presente no art. 36, do CDC, devendo não só ser a publicidade identificada como tal, mas também que a publicidade daquele produto ou serviço não confunda o consumidor em relação aos concorrentes do mercado.³¹

Por sua vez, o princípio da correção, constante no art. 38, do CDC, afirma que a publicidade “não deve conter mensagens que venham a agredir valores sociais”³².

Por fim, o princípio da informação “diz respeito à necessidade de que a mensagem publicitária esteja devidamente fundamentada pelos dados fáticos, técnicos e científicos que a sustentam”³³. Assim, tendo o fornecedor a discricionariedade de utilizar-se da publicidade para o convencimento do consumidor, deve fazê-lo respeitando o dever de informação imposto pelo ordenamento jurídico.

²⁸ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 66-70.

²⁹ BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 29 set. 2014.

³⁰ JACOBINA, op. cit., p. 67.

³¹ Ibid., p. 67-68.

³² Ibid., p. 68.

³³ Ibid., 1996. p. 69.

Além disso, assim como a oferta, a publicidade também vincula o fornecedor e integram o contrato formado em sua decorrência, uma vez que essas práticas comerciais são precisas o suficiente para atrair o consumidor à compra, também aplicando-se à publicidade todo o exposto sobre o puffing (exagero nas informações publicitárias).

Com base nesses princípios, o Código de Defesa do Consumidor, no art. 37³⁴, veda a possibilidade de veiculação de qualquer publicidade abusiva ou enganosa.

Tanto a publicidade enganosa, quanto a publicidade abusiva são proibidas pelo ordenamento jurídico pátrio por ter o poder de interferir no elemento subjetivo de decisão do consumidor quanto à realização da relação de consumo.

Segundo Paulo Vasconcelos Jacobina, “publicidade enganosa é aquela que veicula dados inteira ou parcialmente falsos sobre o produto ou serviço”³⁵, sendo a capacidade de induzir o consumidor a erro o seu elemento principal¹⁰⁹, bastando existir a capacidade de induzir o consumidor a erro, não sendo necessário que a abusividade ocorra na prática. Esse entendimento é defendido por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, conforme o seguinte trecho:

não se exige prova da enganabilidade real, bastando a mera enganabilidade potencial (“capacidade de indução ao erro”); é irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganabilidade, para fins preventivos e reparatórios, é apreciada de objetivamente .³⁶

³⁴ 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. § 2º É abusiva, dentre 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, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. § 4º (Vetado).

³⁵ JACOBINA, op. cit., p. 91.

³⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do projeto de lei do Senado Federal nº 281/2012*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 338.

A publicidade pode ser inteira ou parcialmente falsa, existindo tanto a publicidade enganosa na forma omissiva, quanto na comissiva. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin conceitua a publicidade enganosa comissiva e omissiva da seguinte forma:

Na publicidade enganosa por comissão, o fornecedor afirma algo capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, deia de dizer algo que é. Já na publicidade enganosa por omissão, o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor a erro, isto é, deia de dizer algo que é.³⁷

A modalidade comissiva da publicidade é facilmente identificada em vídeo comerciais de brinquedos, em que deve haver a informação de que os movimentos realizados no vídeo não correspondem aos reais movimentos do brinquedo e que nem todos os componentes utilizados na gravação do vídeo acompanham o brinquedo principal, ressaltado na publicidade.³⁸

Já a modalidade omissiva da publicidade é de mais difícil exemplificação, uma vez que está diretamente ligada à falha do dever de informação, ocorrendo quando se omite uma informação essencial do produto ou serviço, com a qual o consumidor não teria contratado com aquele fornecedor.

Por sua vez, a publicidade abusiva é aquela que, conforme o § 2º, do art. 37, do CDC:

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.

Assim, é abusiva a publicidade que ofenda os direitos fundamentais, elencados na Constituição, assim como a que ofende os valores da sociedade. Segundo Valéria Falcão Chaise, “a teoria do abuso do direito está vinculada à prática de ato que tem o propósito,

³⁷ Ibid., p. 339.

³⁸ Caso dos anúncios dos bonecos Max Steel e Barbie, que colocam ambas informações em seus vídeos, a fim de evitar a enganiosidade da publicidade.

único, de causar dano a outrem, sem vantagem para o titular”³⁹. No caso da publicidade abusiva, conforme dispõe a legislação consumerista, o abuso ocorre por causar dano à sociedade, ferindo a ordem pública, a ética e moral da coletividade.

Conforme destaca Paulo Vasconcelos Jacobina, “o controle da abusividade da publicidade decorre, aliás, de imposição constitucional, constante no art. 220, II, e § 4º da Lei Maior”⁴⁰

Portanto, a publicidade abusiva é vedada, para que a própria sociedade seja protegida, nos termos constitucional e legalmente estabelecidos. Assim, é proibida a publicidade discriminatória, que incite a violência, que explore o medo ou a superstição, além daquelas que explore a deficiência de julgamento dos hipossuficientes, que vá contra os valores ambientais, que coloque a saúde e a segurança do consumidor. Destaca-se que o rol do § 2º, do art. 37, do CDC, é exemplificativo, sendo também abusiva a publicidade que não se enquadre em qualquer direito fundamental constante da Constituição e que vá contra a ordem social e moral.

Após análise da oferta e da publicidade no ordenamento consumerista, faz-se necessária a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à oferta e publicidade do comércio eletrônico.

A publicidade e a oferta na internet acabam sendo efetivamente mais agressivas, uma vez que toda forma publicitária pode ser interativa, tornando-se mais fácil a sujeição do consumidor a contratar algo que, nas condições do comércio tradicional, não ocorreria.

³⁹ CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 39.

⁴⁰ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 3º - Compete à lei federal: II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Tanto a publicidade enganosa, quanto a publicidade abusiva, podem ser caracterizadas no comércio eletrônico. De acordo com Maria Eugênia Reis Finkelstein, “a publicidade enganosa no comércio eletrônico é motivada pelo desejo do site em atrair internautas”⁴¹. Já a publicidade abusiva no comércio eletrônico é verificada, na maioria das vezes, pelo exagero no volume de informações publicitárias direcionadas aos consumidores.

No comércio eletrônico existem diversos tipos de publicidade e oferta, que poderão incorrer nas práticas acima descritas, podendo ser destacados os seguintes: banners, publicidade e oferta via e-mail (esse tipo, se não autorizado pelo consumidor, gera o spamming, e, quando autorizado configura a prática do pushing) e os próprios sites dos fornecedores.

CONCLUSÃO

Esse trabalho de pesquisa foi desenvolvido para analisar se é possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na publicidade e oferta no comércio eletrônico, para saber se essa aplicação seria um método de proteção eficaz para a proteção do consumidor eletrônico.

Inicialmente, verificou-se que o direito começou, a passos lentos, a adaptar-se ao comércio eletrônico, assim como ocorre nas outras áreas relacionadas com o direito e a internet, como na questão da liberdade de expressão na web.

Porém, no Brasil, há escarça legislação específica para regulamentar o comércio eletrônico nas suas relações consumeristas. Assim, constatou-se que o Código de Defesa do Consumidor é plenamente aplicável às relações de consumo realizadas no território nacional, desde que o domínio do site também seja brasileiro.

⁴¹ FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Direito do Comércio Eletrônico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 241.

Contudo, por se tratar de meio que deixa o fornecedor com mais controle na relação de consumo do que no comércio tradicional, pela própria tecnologia utilizada para a formação do contrato, o consumidor do comércio eletrônico possui a sua vulnerabilidade mais aguçada que o consumidor tradicional, tanto pela sua dificuldade na utilização dos mecanismos eletrônicos, quanto pela formação do contrato ocorrer à distância e sempre na modalidade de contrato de adesão, que impossibilita a negociação direta com o fornecedor.

Portanto, o Código de Defesa do Consumidor se aplica às relações de consumo virtuais. Porém, o próprio fornecedor, por desacreditar na possibilidade dessa aplicação do Código de Defesa do Consumidor e por estar ausente legislação específica para o comércio eletrônico, viola direitos do consumidor, tanto na fase pré-contratual – por meio da oferta e da publicidade abusiva e enganosa –, quanto na fase contratual, se achando no direito de desfazer o negócio jurídico a qualquer tempo, quando este o prejudica.

Por isso, considera-se que a mera aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações de consumo eletrônicas não é mecanismo suficientemente eficaz para a proteção do consumidor. Uma vez que, no comércio eletrônico, a oferta se baseia na aparência dos produtos e/ou serviços e que a aceitação do consumidor tem base na confiança dele no fornecedor, o fornecedor passa a cometer abusos nessas relações.

De tal modo, faz-se necessária aplicação da legislação específica de proteção do consumidor no comércio eletrônico, dado que até a confiança nesse emergente mercado de consumo corre o risco de acabar, vindo, também, a termo o mercado de consumo virtual.

Assim, a possível e já existente aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao comércio eletrônico não basta para que o consumidor seja efetivamente protegido da abusividade desse mercado, havendo uma veemente necessidade aplicação de legislação específica, qual seja, o Decreto nº 7.962/2013.

A oferta e publicidade no comércio eletrônico são extremamente abusivas e submetem o consumidor à vontade do fornecedor de forma muito mais incisiva do que no comércio tradicional, dado que a web possibilita a interação do consumidor com essas práticas comerciais, deixando o consumidor do meio digital mais vulnerável às práticas abusivas. Destaca-se que o uso dessas práticas comerciais é quase que obrigatório para a formação da relação de consumo virtual, sem as quais a própria formação do contrato de consumo estaria em risco, já que a ausência da publicidade e da oferta no meio eletrônico impossibilitaria a formação do negócio jurídico.

Assim, a vinculação do fornecedor na oferta e na publicidade do comércio eletrônico também deve ser mais incisiva nesse mercado, pela interação possibilitada pela internet, dado que a própria vulnerabilidade do consumidor de comércio eletrônico é mais acentuada que a do comércio tradicional.

Com base em tais características destaca-se a necessidade da regulamentação do direito do consumidor nesse setor, quanto às práticas comerciais da oferta e da publicidade, uma vez que a autorregulação da matéria tem enfraquecido a confiança no mercado de consumo eletrônico.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V. et al. *Manual de direito do consumidor*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 30 dez. 2014.

BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm >. Acesso em: 29 dez. 2014.

BRITO, Alírio Maciel Lima de; DUARTE, Haroldo Augusto da Silva Teixeira. *O princípio da vulnerabilidade e a defesa do consumidor no direito brasileiro: origem e consequências*

nas regras regulamentadoras dos contratos e da publicidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1109, 15jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8648>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 3: direito de empresa. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direitos do consumidor no comércio eletrônico*. Disponível em: <<http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/doutrina/54-direitos-doconsumidor-no-comercio-eletronico.html>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

ERENBERG, Jean Jacques. *Publicidade patológica na Internet à luz da legislação brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Direito do Comércio Eletrônico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do projeto de lei do Senado Federal nº 281/2012*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LESLÉ, Nicolas Macarez e François. Tradução de Joana Rosa. *Comércio Eletrônico*. Portugal: Editorial Inquérito, 2002.

LORENZETTI, Ricardo L. Tradução de Fabiano Menke, com notas de Cláudia Lima Marques. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LUCCA, Newton De e Simão Filho, Adalberto (coordenadores). *Direito & internet – aspectos jurídicos relevantes*. Bauru, SP: Edipro, 2001.

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.

MATTE, Mauricio de Souza. *Internet: comércio eletrônico: aplicabilidade do código de defesa do consumidor nos contratos de e-commerce*. São Paulo: LTr, 2001.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

PEREIRA, Joel T. R. *Direito da internet e comércio electrónico*. Lisboa: Quid Juris?, 2001.

PINHO, José Benedito. *Publicidade e vendas na Internet: técnicas e estratégias*. São Paulo: Summus, 2000.

SALGARELLI, Kelly Cristina. *Direito do consumidor no comércio eletrônico: uma abordagem sobre confiança e boa-fé*. São Paulo: Ícone, 2010.

SILVA, Karine Behrens da. *Proteção do consumidor no comércio eletrônico*. Jus Navegandi, Teresina, ano 16, n. 2814, 16 de março de 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18701>>. Acesso em: 21 de mar. de 2015.

TAGIAROLI, Guilherme. *Claro alega erro em preço de smartphones em loja virtual e cancela pedidos de clientes*. Uol tecnologia, São Paulo: 11 abr. 2012. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2012/04/11/clientes-reclamam-ecompras-canceladas-no-site-da-claro-empresa-suspende-loja-online.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

VOLPI NETO, Angelo. *Comércio Eletrônico – Direito e segurança*. Curitiba: Juruá, 2001.

ZEFF, Robbin Lee et al. *Publicidade na internet*. Rio de Janeiro: Campus, 2000