

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ  
ÁREA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

Paula Carolina Menezes Pacheco

**A PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA EM CONTRATOS DE E-COMMERCE  
E A RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA**

Belém, PA  
2019

Paula Carolina Menezes Pacheco

**A PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA EM CONTRATOS DE E-COMMERCE  
E A RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA**

Monografia apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Orientador: Prof. Msc. Felipe Guimarães de Oliveira

Belém, PA  
2019

Paula Carolina Menezes Pacheco

**A PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA EM CONTRATOS DE E-COMMERCE  
E A RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA**

Monografia apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Orientador: Prof. Msc. Felipe Guimarães de Oliveira

Banca examinadora:

Apresentado em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

\_\_\_\_\_ - Orientador

**Prof. Msc. Felipe Guimarães de Oliveira**

Centro Universitário do Estado do Pará

\_\_\_\_\_ - Examinador (a)

Centro Universitário do Estado do Pará

Belém, PA  
2019

À minha família, por todo carinho e apoio.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, tenho que agradecer aos meus pais Juarez Pacheco e Aldma Menezes, por todo apoio, incentivo durante a caminhada e por sempre acreditarem em meu potencial, sendo imprescindíveis para que pudesse chegar a esse momento. Vocês são as minhas maiores inspirações de vida.

Ao meu irmão Bruno Pacheco, por ser o meu companheiro e minha maior alegria.

Ao professor Msc. Felipe Guimarães, pela orientação na pesquisa e elaboração deste trabalho.

Aos meus amigos de curso Izabella Rocha, Beatriz Henriques, Hércio Neto e Bárbara Lobato, pelos momentos especiais que passamos juntos durante esses quase cinco anos e por me auxiliarem principalmente na realização deste projeto.

Aos meus amigos de infância Clara Mazzinghy, Rayssa Pojo, Rodrigo Borges e Luceli Malcher, por estarem sempre ao meu lado me incentivando e acreditando na minha capacidade.

A todos os professores do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA, por contribuírem de alguma forma para que este momento se tornasse possível.

A massa mantém a marca, a marca mantém a mídia e a mídia controla a massa.

George Orwell

## RESUMO

O presente trabalho propõe-se a realizar uma análise acerca da responsabilidade civil no âmbito dos contratos eletrônicos em decorrência da prática de publicidade enganosa ou abusiva. Emprega-se o método hipotético-dedutivo e se efetua um levantamento bibliográfico e documental sobre o tema. Para tanto, será realizado um estudo dos contratos eletrônicos na seara das relações de consumo e sua interseção com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), estabelecendo-se o conceito dos contratos de e-commerce, a regulamentação jurídica dessa natureza contratual. Ainda assim, faz-se importante diagnosticar o controle da publicidade realizado pela legislação consumerista, princípios adjacentes, o reconhecimento da conduta abusiva ou enganosa envolvendo a temática, bem como os instrumentos de autorregulamentação publicitária no Brasil. Nesse sentido, apura-se a responsabilidade civil das empresas de e-commerce em decorrência das práticas de publicidade e a importância de resgate do princípio da confiança, devendo ser repensada a tutela do consumidor diante dos novos desafios da pós-modernidade.

**Palavras-chave:** Relações de consumo. Contratos eletrônicos. E-commerce. Publicidade enganosa. Responsabilidade civil.

## ABSTRACT

The present work proposes to carry out an analysis about civil responsibility in the scope of electronic contracts as a result of the practice of misleading or abusive advertising. The hypothetical-deductive method is used and a bibliographical and documentary survey is carried out on the subject. For this purpose, a study of electronic contracts in the area of consumer relations and its intersection with the Consumer Protection Code (CPC) will be carried out, establishing the concept of e-commerce contracts, the legal regulation of this contractual nature. Nevertheless, it is important to diagnose the control of advertising by consumer legislation, adjacent principles, the recognition of abusive or misleading conduct involving the subject, as well as the instruments of self-regulation of advertising in Brazil. In this sense, the civil responsibility of e-commerce companies is determined by the publicity practices and the importance of recovering the trust principle, and the consumer's protection should be rethought in the face of the new challenges of post-modernity.

**Keywords:** Consumer relation. Eletronic contracts. E-commerce. Misleading advertising. Civil responsibility.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 OS CONTRATOS ELETRÔNICOS NO DIREITO DO CONSUMIDOR</b> .....	13
2.1 CONCEITO DE CONTRATOS DE E-COMMERCE .....	13
2.2 A REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS .....	19
2.2.1 Decreto nº 7.962/2013 .....	21
2.2.2 Marco Civil da Internet.....	23
<b>3 O CONTROLE DA PUBLICIDADE NO ÂMBITO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR</b> .....	25
3.1 A PUBLICIDADE E O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DA OFERTA.....	25
3.2 A PUBLICIDADE COMO UMA PRÁTICA ABUSIVA .....	30
3.3AUTORREGULAÇÃO DA PUBLICIDADE E OS INSTRUMENTOS EXTRAJUDICIAIS DE TUTELA.....	34
<b>4 A RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS DE E-COMMERCE POR PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA</b> .....	36
4.1 A RELAÇÃO ENTRE A RESPONSABILIZAÇÃO EM CONTRATOS DE E-COMMERCE E O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA .....	37
4.2 A RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS DE E-COMMERCE.....	40
4.3 ÔNUS DA PROVA E O DEVER DE CONTRAPROPAGANDA .....	48
4.4 UM NOVO DESAFIO PARA O DIREITO DO CONSUMIDOR: NOVAS PERSPECTIVAS DE PUBLICIDADE .....	50
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	54
<b>REFRÊNCIAS</b> .....	56

## 1 INTRODUÇÃO

Com o surgimento do período conhecido como pós-modernidade, ocorreu a evolução dos modelos de mercado e os avanços das inovações tecnológicas, manifestando-se em novas formas de relações de consumo, desenvolvendo-se diversos modelos de contratos, como os eletrônicos.

Os contratos eletrônicos são aqueles estipulados e firmados em vias virtuais, para a aquisição de um produto ou serviço. Esses contratos possuem características e natureza próprias, como o fato de serem despersonalizados, desmaterializados e extraterritoriais, possibilitando facilidades aos fornecedores, pois as suas ofertas passam a ter um maior alcance e atingir um quantitativo superior de consumidores, em decorrência de uma produção e contratação massificadas e, conseqüentemente, refletindo-se em benefícios econômicos. Entretanto, esse modelo acaba expondo o consumidor a um maior nível de riscos, infringindo o princípio da confiança, tornando esse indivíduo ainda mais vulnerável na relação.

A evolução dos meios tecnológicos proporcionou a utilização de mecanismos informatizados, de forma mais frequente e usual pela sociedade, despertando nos empresários o interesse em explorar a internet, usando essa plataforma para estabelecer relações de consumo, por meio de contratos eletrônicos, surgindo às empresas de e-commerce, as quais são lojas virtuais que atuam de diferentes maneiras, com o intuito de oferecer um produto ou serviço, podendo esse ser físico ou virtual.

A publicidade é um dos principais instrumentos utilizados pelas empresas como forma de promover, divulgar, bens e serviços ofertados no mercado, criando atrativos com o intuito de provocar o interesse do consumidor. Entretanto, vigora no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da vinculação da oferta, previsto no Código de Defesa do Consumidor, definindo que todo o conteúdo estipulado nas ações publicitárias devem ser respeitados e garantidos ao consumidor, surgindo um vínculo pré-contratual.

Ademais, a oferta vinculada pelo meio publicitário deve respeitar requisitos estabelecidos por lei, como forma de proteger o consumidor, para que todas as informações necessárias sejam repassadas, com o intuito de preservar garantias essenciais e estabelecer um equilíbrio contratual, buscando prevenir a realização de práticas abusivas.

Sendo uma dessas práticas a publicidade enganosa, que se configura pela utilização de informações ou a sua omissão, que leva o consumidor ao erro, o induzindo-o a estabelecer uma relação sem o seu total conhecimento, sendo essa realizada de forma intencional por parte do fornecedor, a fim de se beneficiar em detrimento da vulnerabilidade do consumidor.

O presente trabalho fez uso de metodologia pautada no modelo hipotético dedutivo, através de análise bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, com o objetivo de responder o seguinte questionamento, “É factível a busca de uma tutela jurídica de controle da publicidade enganosa e abusiva no âmbito do e-commerce, com a conseqüente responsabilização civil dos fornecedores?”.

O estudo foi realizado com o objetivo de demonstrar sobre as possibilidades de responsabilização de empresas por publicidades enganosas em contratos de e-commerce, fazendo uma análise específica, explicando sobre esses tipos de contratos e a regulamentação do mesmo por parte da legislação brasileira; analisar a publicidade enganosa aplicada ao mundo virtual e, por último, investigar as formas possíveis de responsabilização por práticas abusivas em contratos de e-commerce.

Em um primeiro momento serão abordados temas relacionados ao surgimento do contrato de e-commerce, a sua conceituação e características, assim como a sua atual relevância no contexto da sociedade atual e a legislação pertinente sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro.

Já no segundo momento serão retratadas a importância e a influência da publicidade, principal instrumento utilizado como propagador de ofertas, os parâmetros estabelecidos e a vinculação pré-contratual da oferta derivada da prática de publicidade; posteriormente, será analisada a possibilidade da configuração de prática abusiva por meio de publicidade enganosa e o sistema de controle por meio da autorregulamentação.

E, por fim, será matéria de estudo as possibilidades de responsabilização no âmbito civil das empresas de e-commerce e todos os envolvidos na cadeia de produção pela utilização de publicidade enganosa, com base nos dispositivos presentes no Código de Defesa do Consumidor, realizando uma relação entre a responsabilização e a teoria da confiança e as novas perspectivas presentes na sociedade.

Assim, o presente trabalho busca definir os contratos eletrônicos aplicados a empresas de e-commerce, a influência que os métodos publicitários possuem na sociedade e a forma de prevenção e punição previstas na legislação vigente, demonstrando a necessidade da promulgação de leis específicas com a finalidade de proteger, de forma mais eficiente, o consumidor.

## 2 OS CONTRATOS ELETRÔNICOS NO DIREITO DO CONSUMIDOR

### 2.1 CONCEITO DE CONTRATOS DE E-COMMERCE

Com a evolução da sociedade e o surgimento da internet, o mercado e as relações de consumo passaram por uma transição de uma sociedade baseada em um sistema industrial para o início da chamada era de informação, a qual “caracteriza-se pelo surgimento de blocos econômicos e pela globalização, pela acessibilidade, rapidez e fluidez do acesso à informação.” (VIAL, 2013, p.235). O grande motivador dessa transição foi a Revolução Industrial, instaurando o período conhecido como pós-modernidade.

A partir da revolução industrial e o avanço do capitalismo, a sociedade passou a ser uma sociedade de consumo, assumindo os indivíduos o papel não mais de produtor de riquezas e sim de consumidor perante o mercado, estando ligada a dignidade do indivíduo, pois aqueles que não possuem capacidade de se inserir nesse mercado com mais recursos são caracterizados como consumidores falhos. (BARIFOUSE, 2018, p.96). De acordo com Barifouse (2018), o consumismo assume uma posição de destaque, influenciando a sociedade por meio de uma lógica instaurada na consciência dos indivíduos de desejo por um determinado produto ou serviço, para que o consumo esteja sempre estimulado.

A presença dessa nova sociedade de informação proporcionou avanços tecnológicos (CANTO, 2015) que se tornaram cada vez mais incidentes em qualquer forma de vinculação estabelecida na sociedade atual. As relações previstas no âmbito do direito do consumidor também sofreram influência direta desse desenvolvimento, presente principalmente na evolução dos tipos de contratos que se sucederam com o passar do tempo.

Surgiu uma nova categoria conhecida como os contratos eletrônicos, que são aqueles firmados em meios virtuais, para a aquisição de um bem ou serviço, tornando-se o principal meio de contratação na atualidade, estando esse fato relacionado à realidade de destaque que as tecnologias e a internet exercem no mundo, formulando uma nova forma de ligação entre o consumidor e o fornecedor (VIAL, 2013).

Efetivamente, desde a década de 90, há um espaço novo de comércio com os consumidores, que é a Internet, as redes eletrônicas e de telecomunicação de massa. Trata-se do denominado “comércio eletrônico”, comércio entre fornecedores e consumidores realizado através de contratações à distância, que são conduzidos por meios eletrônicos (e-mail etc.), por Internet (on-line) ou por meios de telecomunicações de massa (telemarketing, TV, TV a cabo etc.), sem a presença física simultânea de dois contratantes no mesmo lugar (e sim a distância). (MARQUES, 2016, p.118).

Os contratos eletrônicos são instrumentos atuais, que passam por um procedimento de evolução e aprimoramento, até mesmo na forma da sua regulamentação por parte do Estado, principalmente para inibir, fiscalizar e responsabilizar essas empresas por atos, infrações cometidas nessas relações de consumo, sendo os contratos eletrônicos um reflexo da economia globalizada e sem fronteiras, não fugindo ao direito do consumidor a sua aplicabilidade sob este novo tipo contratual (VIAL, 2013, p.231).

De acordo com Vial (2013), as grandes dificuldades encontradas por esses tipos de contratos podem ser identificadas pelo fato de ser desmaterializados, desterritorializados e despersonalizados, ocasionando nos consumidores uma desconfiança. Essas incertezas ocasionadas pelas complexidades dos modelos eletrônicos de contratação refletem em uma interferência na progressão dessas relações firmadas por meios virtuais. (CANTO, 2015)

Essa desconfiança por parte do consumidor é agravada pelo fato desses contratos eletrônicos não serem físicos, firmados com fornecedores despersonalizados, então não se tem a certeza com quem está se estabelecendo uma relação de consumo, sobre a procedência do objeto do contrato em questão (VIAL, 2013), pois por ser um instrumento firmado à distância não se tem a exata visualização do que está sendo comprado ou o tipo de serviço que está adquirindo. É comum a judicialização de ações que busquem a reparação do consumidor por compras virtuais onde o mesmo saiu prejudicado pela entrega de objeto diverso do que o estipulado.

Estando esse princípio da confiança diretamente ligado a massificação dos contratos eletrônicos, que significa a criação de contratos em larga escala, sem uma estipulação entre as partes, na qual não é possível configurar quem são os usuários e consumidores dentro da relação. (MARQUES, 2016, p.107). Além do mesmo dever ser aplicado em todos os momentos que envolvem a relação de consumo, devendo o fornecedor atuar com base no princípio da boa-fé, informação, “para a manutenção contratual e, por conseguinte, do equilíbrio e equidade contratual.” (VIAL, 2013, p.233) desde o período de pré-formulação, execução e o pós-contrato, após a sua finalização.

Cláudia Lima Marques (2016) defende que deve ser aplicado aos contratos eletrônicos o princípio da função social, que está atrelado diretamente ao princípio da confiança suscitado anteriormente, pois o consumidor busca ao firmar um contrato que seja cumprido todas as promessas realizadas pelo fornecedor, sem nenhuma surpresa negativa. Então, a concretização do negócio parte de um ato de vontade entre as partes, sendo o consumidor estimulado por uma confiança.

A teoria da confiança, como já mencionado anteriormente, pretende proteger prioritariamente as expectativas legítimas que nasceram no outro contratante, que confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração do parceiro. (...) a teoria da confiança concentra-se também em um indivíduo, o que recebe a declaração de vontade, em sua boa-fé ou má-fé, mas tem como fim proteger os efeitos dos contratos, através da ação do direito, a proteção dos legítimos interesses e a segurança das relações. (MARQUES, 2016, p. 283)

Outra influência decorrente dos contratos eletrônicos é a incidência, cada vez mais frequente, da transformação de contratos bilaterais, ou seja, as cláusulas presentes no mesmo são estipuladas e acordadas por ambas as partes envolvidas nessa relação de consumo, para contratos unilaterais, formulados unicamente pelos fornecedores, estando o consumidor vinculado a todo o teor do contrato se este estiver em acordo, aderindo ao negócio jurídico.

Os contratos de adesão, com a massificação da sociedade e do mercado, surgiram com o intuito de criar contratos em larga escala, com o mesmo conteúdo e cláusulas, porém, sem um destinatário final definido. Esses contratos passaram com o tempo a possuir uma maior força nas relações de consumo, estipuladas na sociedade, motivado por questões de economia financeira e de tempo, proporcionando com que negócio seja efetivado de uma forma mais rápida e em uma maior quantidade, além de proporcionar uma maior segurança para as empresas. Segundo Marques (2016, p.73).

A empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores, isto é, pré-redige um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda a série de futuras relações contratuais. (MARQUES, 2016, p.73)

Essa forma de contratação se tornou a mais incidente e popular entre as atividades de consumo, principalmente nos contratos eletrônicos, os quais possuem como característica o fato de serem instrumentos desmaterializados, com um possível alcance em grande escala, com difícil conhecimento das partes que configuram a relação. Com isso, tornam-se contratos cada vez mais despersonalizados, estipulados de forma geral, sem especificidades.

Porém, a estrutura desse modelo de contrato, constituído de forma unilateral (por parte do fornecedor), torna-se uma referência insegura para o polo mais vulnerável da relação. Expondo os consumidores a cláusulas redigidas pelos fornecedores, que em diversas situações se utilizam dessas para realizar medidas abusivas e prejudiciais, ocorre a exclusão da fase pré-contratual, com a mitigação da estipulação entre as partes sobre o conteúdo que possam

resultar em mudanças significativas para o consumidor. (MARQUES, 2016, p. 78 - 79). “O consentimento do consumidor manifesta-se por ‘simples’ adesão ao conteúdo preestabelecido pelo fornecedor de bens ou serviços.” (MARQUES, 2016, p. 79)

Esses tipos de contratos colocam em risco o consumidor, que por constituir um vínculo vulnerável, na medida em que se submete a condições preestabelecidas, constituídas de forma unilateral, sem discutir o seu teor, se expõem a situações prejudiciais pela existência de cláusulas abusivas ou contraditórias, falta de informação e proteção ao direito à privacidade. O próprio Código de Defesa do Consumidor, buscando reduzir e controlar as desigualdades causadas pelo contrato de adesão busca regulamentar a formulação desses tipos de contratos, inclusive sobre a interpretação de cláusulas ambíguas em favor do consumidor, consoante o artigo 47.

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Os contratos virtuais acabam pela sua natureza e características favorecendo o agravamento da vulnerabilidade do consumidor, que está presente de um modo geral nas relações de consumo, motivado pelo fato do consumidor não conseguir competir de forma igualitária com o fornecedor, por ser dentro dessa relação, a parte mais fraca, baseado em questões econômicas, técnicas, informacionais e jurídicas. Por esse motivo foi necessário a criação de normas de direito privado para reforçar essa proteção ao indivíduo, conforme está positivado no Art. 4º, I do CDC.

Essa proteção é baseada na garantia ao direito de igualdade e proteção de direitos fundamentais por parte do Estado, pois o mesmo deve criar instrumentos e regularizar atividades realizadas no mercado, com o intuito de tentar proporcionar aos particulares uma atuação mais digna e igualitária com os institutos nacionais e internacionais. (CANTO, 2015).

Conforme retratado por Bruno Miragem:

Em direito do consumidor, todavia, o abuso do direito vincula-se a dois critérios essenciais para sua identificação e consequente controle dos atos abusivos: a) o status constitucional do consumidor como sujeito de direitos fundamentais; e a razão lógica deste reconhecimento como, de resto, das demais normas de proteção em nosso ordenamento: b) a presunção jurídica da sua vulnerabilidade. Ou seja, enquanto no direito civil comum pode-se eventualmente identificar hipóteses de abuso do direito quando, a teor do recente artigo 187 do CC, houver violação dos limites ali estipulados, ou mesmo antes da nova lei, por contrariedade à boa-fé, no direito do

consumidor a noção está intrinsecamente vinculada à existência de uma ordem pública de proteção, o que no direito brasileiro assenta-se na previsão constitucional de defesa do consumidor. Não é demais recordar que o artigo 1º do CDC refere tratar-se o mesmo de uma lei de ordem pública e de interesse social. (2016, p.377)

Mesmo com toda a evolução dos meios tecnológicos, a popularização e expansão perante todo o Estado, esse acesso a Internet ainda não é universal, pois muitos indivíduos dentro da sociedade possuem um acesso limitado e desigual, sem uma informação adequada sobre o seu uso. Então, quando se trata de relações de consumo, firmadas por contratos eletrônicos, surge uma nova espécie de analfabetos, constituídos por indivíduos que não possuem “expertise para acessar o meio eletrônico.” (VIAL, 2013, p.233), infringindo o princípio da não discriminação e do acesso universal da Internet.

Rodrigo Canto (2015) retrata outra divisão em relação à vulnerabilidade influenciada por Jean-Pascal Chazal, em seu artigo “*Vulnérabilité et droit de La consommation*”, que seria uma vulnerabilidade de relação, na qual o consumidor, por si só, não configura um indivíduo vulnerável; que essa condição vem a ocorrer a partir do momento em que se estabelece uma relação com um profissional que detém conhecimentos técnicos sobre o objeto do contrato.

Esse conceito de vulnerabilidade variável retratado por Chazal entende que o indivíduo somente por ser consumidor não configura um ser vulnerável analisado de forma isolada, mas que essa condição depende de um vínculo estabelecido com o fornecedor, atuando como profissional, estando em uma posição superior em questões técnicas. Entretanto, se o consumidor possuir expertises sobre o conteúdo do contrato, não será configurada a vulnerabilidade. (CANTO, 2015)

Uma crítica acerca dessa visão adotada pelo doutrinador é que a vulnerabilidade pode ser aplicada em relação a diversos aspectos, não somente sobre o posicionamento técnico que o fornecedor detém sobre o consumidor, podendo a mesma ser configurada de forma distinta, causando prejuízos ao elo mais fraco da relação de consumo. (CANTO. 2015)

A outra vertente seria a de uma vulnerabilidade situacional, a qual decorre de uma situação específica em que o profissional assume uma vantagem em relação ao consumidor, intensificando a vulnerabilidade. Assim, em regra, o dependente não é vulnerável, mas se torna a partir do momento em que se insere em determinada condição, como, por exemplo, questões geográficas presentes nos negócios eletrônicos, pois a Internet é um meio de alcance em escala global.

Com o avanço e a popularização da internet, a sua incidência na sociedade passou a ocorrer de uma forma mais ampla, começando um processo de transferência das relações de

consumo, estipuladas anteriormente apenas por lojas físicas, para o meio virtual, as quais, atuam em diferentes proporções, podendo ser por lojas virtuais exclusivas ou uma atuação integrada com uma empresa física. Com isso, passa a existir uma concorrência entre esses fornecedores que disputam entre si, criando meios para persuadir os consumidores. (CANTO, 2015).

A atuação dessas empresas de e-commerce cresceu com o tempo, motivadas pelos benefícios que essa forma de contratação permite aos empresários, como redução de custos e tempo na formulação e o maior alcance geográfico que a Internet possui. Isso possibilita que o fornecimento dos produtos e serviços sejam realizados atendendo a uma maior demanda, conseqüentemente, aumentando a possibilidade de lucros das empresas, tornando-se ferramenta indispensável para as mesmas.

Com a utilização da Internet, como uma forma de comércio, ocorreu o surgimento de diversas práticas específicas que colocam em risco a segurança e proteção do consumidor.

Uma dessas condutas é conhecida como Spam, que é o envio de uma mensagem eletrônica, sem a anuência preexistente de forma não solicitada pelo consumidor, a qual na maioria das situações, possui como conteúdo a publicidade de produtos ou serviços, podendo esse envio ser gratuito ou oneroso com o pagamento direto ou indireto. Essa prática se tornou recorrente por atingir um público maior, de forma mais rápida, pelo fato dos meios digitais serem de veloz propagação e ser uma conduta econômica financeiramente.

Pode ser destacada como característica principal do *spam* a divulgação de bens ou serviços que não foram buscados de forma ativa por seu destinatário (...), de forma frequentemente enganosa, cabalmente fraudulenta e ofensiva em seu conteúdo, em geral chegando mais de uma vez ao mesmo usuário. (EDWARDS, *apud*, MARTINS, 2014, p. 240)

O spam é considerado uma das hipóteses de publicidade abusiva, previsto no Art. 37, parágrafo 2º do Código de Defesa do Consumidor, que se realizadas podem resultar na responsabilização do fornecedor que a efetuar e se beneficiar dessa conduta ilícita. (MARTINS, 2014, p.248)

Outra conduta é a existência de publicidade comportamental, que seria a prática de monitorar as atividades online do consumidor para o envio de publicidades estratégicas. Esse modelo de ação por parte do fornecedor é visto com grande preocupação, afinal o acompanhamento das atividades pessoais, realizadas por meios virtuais, podem causar

diversos prejuízos a dados e informações disponibilizadas pelos consumidores, violando a garantia constitucional do direito a privacidade. (MENDES, 2014)

Essa forma de publicidade se torna abusiva quando não ocorre o consentimento expresso para que seja realizada, devendo a empresa, que se utiliza da prática possibilitar aos consumidores a prerrogativa de revogar, a qualquer momento, o termo de concordância, de uma forma acessível; e, essa interferência, ao ser executada, precisa ser realizada de forma artificial e menos invasiva. (MENDES, 2014)

A publicidade comportamental não é vista como um modelo de prática segura, a autora Laura Schertel afirma que essa conduta contraria três requisitos básicos como proteção do consumidor, boa-fé e a legítima expectativa, resultando em uma relação desigual, reforçando a vulnerabilidade desse indivíduo. A mesma indica a necessidade de uma legislação específica para regular esse tipo de conduta, com o intuito de obter uma solução específica mais eficaz, como forma de proteção da relação de consumo de um modo geral. (MENDES, 2014)

## 2.2 A REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

As relações de consumo passaram a ter a incidência de uma nova visão e forma de se estruturar por meio dos aparatos tecnológicos, influenciando em todo o sistema. Com isso, surgiu a necessidade de evolução e adaptação das normas legais para continuar a proteger os consumidores e os seus direitos fundamentais, buscando estabelecer uma negociação justa, equilibrada, preservando princípios de extrema importância, como boa-fé, função social do contrato, informação, entre outros.

A Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor foi sancionada após grandes debates e reformas no conteúdo do até então projeto de lei. “O constituinte, claramente, adotou a concepção da codificação, nos passos da melhor doutrina estrangeira, admitindo a necessidade da promulgação de um arcabouço geral para o regramento do mercado de consumo.” (BENJAMIN, 1997 *apud*, TEIXEIRA, 2002, p.9-10)

Com a codificação das normas que versam sobre assuntos relacionados à proteção da relação de consumo, tornou-se possível que ocorresse uma intervenção em questões de direito privado, em estruturação de contratos firmados entre particulares, tanto entre pessoas físicas como os celebrados com pessoas jurídicas. Essa interferência busca proteger o polo mais sensível do pacto contra os abusos de agentes econômicos, buscando diminuir “condições que

restringam as informações ao consumidor” (TEIXEIRA, 2002, p.12), para que a relação possa ser mais justa, equilibrado e não coloque o cliente em uma situação de maior vulnerabilidade.

O doutrinador Rodrigo Canto (2015) afirma que a interpretação das normas deve ser executada de forma narrativa e analítica, sendo a aplicação, em casos concretos, baseadas em uma forma interpretativa da legislação, levando em consideração princípios e valores. Essa conjunção de apreciação deve ser constituída por uma somatória, partindo das questões normativas, para que todas as matérias positivadas sejam aplicadas em casos reais de forma homogênea, não infringindo os níveis hierárquicos.

Supre-se, dessa forma, a desconfiança gerada pelas cláusulas gerais e pelos conceitos indeterminados no passado, cuja definição era subjetivamente atribuída ao magistrado ou à doutrina, sem um critério seguro que respondesse à lógica do sistema. (CANTO, 2015, p.121)

Então, isso implica em um seguimento que entende a aplicação das legislações de uma forma objetiva e menos relacionada a uma observação conceitual, baseada em uma nova perspectiva de realidade social, com grande interferência dos meios virtuais, para tentar proporcionar relações mais justas. Com isso, ocorre a possibilidade da aplicação das normas que versem sobre o direito do consumidor ser realizada de forma mais ampla, que possa se utilizar de princípios norteadores das matérias, permitindo uma margem de atuação para os juízes e doutrina. (MARQUES, 2016, p.220)

Cláudia Lima Marques (2016, p.136) afirma que ocorreu no Brasil um crescimento sobre esse tipo de contratação, a qual, vem ganhando força, constituindo um *e-business* internacional e o consumidor se tornando cada vez mais desamparado pela falta de legislação mais eficiente no Brasil para a proteção dos consumidores em contratos eletrônicos, já que as atuais referências legais não são suficientes, necessitando de normas específicas mais contundentes sobre o assunto e também em convenções e tratados internacionais.

Com a abertura dos mercados a produtos e serviços estrangeiros, com crescente imigração econômica, a regionalização do comércio, as facilidades de transporte, o turismo em massa, os crescimentos das telecomunicações, da conexão em rede de computadores, do comércio eletrônico, não há como negar que o consumo já extrapola as fronteiras nacionais. (MARQUES, 2016, p. 137)

De acordo com Sophia Vial a presença de um direito comparado anda em paralelo com a criação de uma ideia conjunta, pensando em uma uniformização das noções jurídicas. Entende que precisa ser realizado um modelo que sirva de base para os casos concretos,

presentes no cotidiano, envolvendo os contratos virtuais, devendo ser aplicado as legislações internacionais que versem sobre o conteúdo em questão, “(...) a comparação para a verificação das fórmulas preexistentes como método de embasar o desconhecido” (VIAL, 2013, p.242), afinal a legislação brasileira não é completamente eficiente.

Para permitir uma melhor apreciação da legislação dentro das possibilidades existentes surge o diálogo das fontes, que significa uma complementaridade entre as normas atuais com diferentes instrumentos normativos ou principiológico para um entendimento em conjunto, visando, em caso de conflitos, uma solução que busque a proteção de princípios e direitos fundamentais. De acordo com Bruno Miragem, essa forma de interpretação “sistêmica” deve ter como resultado a extinção de controvérsias entre as leis e a realidade do caso em análise, procurando entre as possibilidades a melhor solução que garanta uma proteção com maior alcance. (VIAL, 2013)

O PLS/281, de 02 de agosto de 2012, atualmente conhecido como a PL 3.514, de 2015, busca complementar o Código de Defesa do Consumidor com a inclusão de normas que versem sobre comércio eletrônico. Possui a intenção de atualizar e renovar a lei para acompanhar a evolução da sociedade e os novos modelos de contratos presentes na atualidade. Alguns dos assuntos tratados no projeto seria a inclusão de uma seção que trate sobre os contratos virtuais, a possibilidade de utilização do diálogo das fontes para a aplicação de uma interpretação mais favorável, assunto já utilizado pela doutrina e jurisprudência, a reafirmação da privacidade e proteção do consumidor, almejando prevalecer o princípio da confiança. (CANTO, 2015, p.179-181)

### 2.2.1 Decreto nº 7.962/2013

Com a intenção do legislador em complementar o Código de Defesa do Consumidor sobre as relações de consumo estipuladas por contratos de e-commerce foi promulgado o Decreto 7.962, de 15 de maio de 2013. O ato normativo em questão surgiu da necessidade de atualização das legislações existentes até o momento sobre a nova fase em que a sociedade se encontra, na qual a Internet e os meios virtuais se tornaram cada vez mais incidentes, buscando regulamentar a proteção do consumidor no meio das diversas vertentes que os contratos virtuais possibilitam estabelecer.

Mostra-se necessário uma legislação específica para regular as relações de consumo eletrônicas por meio da Internet, não obstante a importante iniciativa que foi a promulgação do Decreto 7.962/2013, como reforço da

segurança e informação dos consumidores, sem prejuízo da preservação da principiologia e fundamentos da Lei 8.078/1990. (MARTINS, 2014, p.212)

O Decreto buscou reafirmar a preservação de princípios norteadores das vinculações de consumo, positivando artigos que possuem como base a ideia de associar as ações dos fornecedores a condutas de boa-fé, e reafirmar a importância de informação realizada de forma clara a quem vai comprar e consumir um produto ou serviço adquirido por sítios e plataformas digitais.

O Art.2º do Decreto já mencionado é um exemplo sobre essa busca de prevalecer os cuidados em relação a condutas praticadas pelo fornecedor, informando ações que devem ser realizadas para prevenir atos de práticas abusivas e de dar ciência de forma clara a quem vai estabelecer um contrato eletrônico.

Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;

II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;

III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;

IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;

V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e

VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

Ocorreu com a positivação do dispositivo a regulamentação de compras coletivas ou modalidades análogas realizadas por sites eletrônicos, que são as ofertas realizadas a uma quantidade específica de consumidores e somente após o alcance do número estipulado é que ocorre a consumação da proposta, além de informações específicas que devem constar na mesma.

Com o Decreto ocorreu o estabelecimento de um prazo de no máximo cinco dias para que as empresas respondam os consumidores sobre qualquer dúvida, questionamento e informação que queiram, por meio do serviço de atendimento eletrônico, que deve ser mantido de forma integral, o que está previsto no Art. 4º, inciso V e parágrafo único. Isso pode ser entendido como uma “(...) importante manifestação de uma vontade política no

sentido da promoção do direito fundamental da proteção dos consumidores (art. 5º, XXXII, da C.F/1998).” (MARTINS, 2014, p. 182-183).

Art. 4º Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá: V –manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato;

Parágrafo único. A manifestação do fornecedor às demandas previstas no inciso V do caput será encaminhada em até cinco dias ao consumidor.

Essa intenção se perpetua no art. 6º que retrata sobre as condições da oferta e publicidade, a qual deve ser cumprida na sua forma integral e de acordo com tudo que foi vinculado, pois a partir da sua exposição ao público, o fornecedor está obrigado a cumprir com todo o conteúdo disponibilizado. A publicidade produz uma obrigação pré-contratual, que se violada pode ser encaixada como uma conduta de publicidade enganosa ou abusiva.

O Código de Defesa do Consumidor, no seu art.49, retrata sobre a possibilidade do arrependimento por parte do consumidor sobre o contrato firmado, quando ocorre a contratação por meio diferente do estabelecimento comercial. O decreto trouxe no seu conteúdo um complemento a esse dispositivo, no seu Art. 5º, adequando para a realidade dos contratos eletrônicos, prevendo uma “uma consequência jurídica da coligação contratual, ou seja, a resolução dos contratos conexos, quando o consumidor exercer o seu direito de arrependimento.” (MARTINS, 2014, p. 183)

O Decreto nº 7.962/2013 surgiu com a necessidade de renovação das normas para a aplicação em contratos formados no meio virtual. Essa atualização buscou reforçar princípios essenciais como o da informação, boa-fé e, conseqüentemente, o da confiança, para ocasionar um equilíbrio no contrato e tentar reduzir à vulnerabilidade do consumidor, reforçando, com isso, informações que devem ser oportunizadas pelo fornecedor, a possibilidade do arrependimento e compras coletivos.

### 2.2.2 Marco Civil da Internet

O Marco Civil da Internet no Brasil foi sancionado no dia 22 de abril de 2014 por meio da Lei 12.965, conforme retratado por Guilherme Magalhães Martins com o objetivo de:

(...) definir os direitos e responsabilidades dos cidadãos, empresas e governos na web, tendo a sua minuta do anteprojeto sido inicialmente submetida à discussão pública, consoante a valores democráticos e

participativos que sempre marcaram o desenvolvimento da Internet, sobretudo a partir dos anos 70. (2014, p.324)

A Lei 12.965/2014 possui um caráter complementar, para as legislações já existentes, com o intuito de aprimorar a regulamentação de proteção de dados e informações na era digital, pois os instrumentos existentes, até o momento da sua criação, não eram completamente eficientes, surgindo da necessidade da sociedade de efetivação de uma maior proteção. (KLEE, 2015, p.128)

A Constituição previu no seu art. 5º e incisos X e XII, a proteção da intimidade e o sigilo de dados, instituindo a proteção das informações fornecidas como uma garantia fundamental dos indivíduos, porém não ocorreu a estipulação dos limites em que esses direitos poderiam ser garantidos. (KLEE, 2015, p.128). Com isso, surgiu um grande debate sobre a necessidade de proteção das informações fornecidas nas relações virtuais pelos consumidores e como as empresas e provedores devem realizar a administração desses dados. Então, a Lei trouxe em seu art. 7º uma lista de direitos assegurados a esse polo da relação sobre a proteção dos seus dados.

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Em relação a essa proteção de informações, a lei estipulou a necessidade de consentimento por parte do consumidor sobre o armazenamento desses dados e disponibilização para terceiros, assumindo uma posição ativa, necessitando que essa declaração de vontade ocorra de forma expressa e clara, utilizando um modelo *Opt in*<sup>1</sup>. (BORGES, 2018, p. 34)

---

<sup>1</sup> *Opt in* configura-se pela conduta ativa do consumidor, necessitando da sua expressa declaração de vontade ao fornecedor acerca da utilização dos seus dados (BORGES, 2018, p.34)

A regulamentação estipulada no Marco Civil da Internet não possui seus efeitos direcionados unicamente para a figura do consumidor, considerando vulnerável dentro do contexto do comércio virtual. Sua análise é realizada com o reforço da ideia de igualdade e liberdade aplicadas a todos que participam dessas formas de relação. (CANTO, 2015). “Em contrapartida é necessário que a proteção do ciberconsumidor seja feita dentro do microsistema, garantindo igualdade de condições contratuais e a proteção do contratante que se encontra na posição mais fraca.” (CANTO, 2015, p.178-179)

Um ponto negativo da lei está atrelado ao fato de sua análise ser baseada em três vertentes principais, que são o da proteção à privacidade, liberdade de expressão e neutralidade da rede (MARTINS, 2014, p. 325). Surgindo uma dificuldade de compatibilizar a liberdade de expressão dos indivíduos no meio virtual e a violação de direitos individuais, resultando na necessidade de aferir os limites em que poderão ser realizados a divulgação de ideias, para que a mesma não ocorra de forma de desenfreada. (MARTINS, 2014, p.325). Conforme está presente a seguir.

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:(...)  
IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;  
Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.

Por mais que a aplicação da Lei do Marco Civil da Internet vise garantir a proteção, a informação, os direitos e os deveres dos usuários e fornecedores, sua aplicabilidade não é totalmente confiável, sendo necessária a existência de uma regulamentação específica sobre as disposições que surgiram com os avanços das tecnologias, uma forma de atenuar os conflitos que apareceram com a utilização desses meios virtuais. (MARTINS, 2014, p. 333).

### **3 O CONTROLE DA PUBLICIDADE NO ÂMBITO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

#### **3.1 A PUBLICIDADE E O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DA OFERTA**

Com a evolução da sociedade e a *Standartização* das relações consumeristas, isto é, o surgimento de uma produção em massa, resultando no aumento de ofertas e, tendo como consequência, a produção de contratos massificados, os quais são estipulados de forma unilateral, para que o mercado pudesse atender ao alto nível de demanda. A publicidade se

tornou instrumento de grande importância para que os fornecedores possam se destacar no mercado e influenciar os consumidores a cerca de um bem ou serviço.

Na ocorrência da economia de massa, a publicidade se mostra essencial para a captação de clientes dentro da disputa pelos desejos dos consumidores. Com a perda do contato pessoal nas negociações, coube aos veículos publicitários levar ao consumidor as informações necessárias para sua decisão em favor do consumo de determinada mercadoria. (BARIFOUSE, 2018, p.100)

O instrumento da publicidade se torna um mecanismo de estimulação de desejos na sociedade, atuando como uma “indutora” (BARIFOUSE, 2018, p.100), pois são formulados para despertar esses sentimentos nos consumidores e induzi-los acerca do que está sendo vinculado, criando um sentimento de necessidade, que, quando alcançado, deriva em uma felicidade paradoxal, conforme é definido por Lipovetsky (2007). Porém, sempre a sociedade está propondo novidades, utilizando da publicidade como forma de alcance dessa propagação e, com isso, transformando o que foi adquirido em defasado, resultando em muitos casos na transformação da ideia de felicidade.

Portanto, na sociedade de consumo atual, a publicidade não possui papel unicamente de divulgação de um produto ou serviço, mas de convencimento e a internalização da ideia de indispensável e necessidade pelo consumidor. Essa estimulação ao consumo influencia na forma com que o indivíduo se comporta perante as relações em sociedade. “Para ser bem sucedida, a mensagem deve dialogar ou refletir, em alguma medida, valores e sentimentos dos indivíduos de determinada sociedade.” (BESSA e MOURA, 2014, p. 146)

A publicidade é considerada para Cláudia Lima Marques (2016, p. 907) toda promoção ou incitação de informação ao consumo, realizada de forma direta ou indireta para atrair e seduzir a aquisição de produtos ou a utilização de serviços, por meio de ofertas.

Nelson Nery Jr. e Maria de Andrade Nery conceituam a oferta como:

Conceito de oferta. Denomina-se oferta qualquer informação ou publicidade sobre preços e condições de produtos ou serviços, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma. Pode haver oferta por anúncio ou informação em vitrine, gôndola de supermercados, jornais revistas, rádio, televisão, cinema, Internet, videotexto, fax, telex, catálogo mala-direta, telemarketing, outdoors, cardápios de restaurante, lista de preços, guias de compras, prospectos, folhetos, panfletos etc. (2003, p.932)

Alguns autores defendem uma diferença terminológica entre publicidade e propaganda. A publicidade é utilizada para situações em que a finalidade é a estimulação do

consumo no mercado, sendo prevista pelo Código de Defesa do Consumidor, que busca estabelecer diretrizes para que seu conteúdo não resulte em prejuízos ao consumidor. Por outro lado, a propaganda é considerada o meio de divulgação que possui um teor político, de circulação na sociedade de medidas sociais, como campanhas estipuladas pelo Governo para prevenção de determinada doença.

A tabela abaixo sintetiza as características de publicidade e propaganda.

<b>Publicidade</b>	<b>Propaganda</b>
Tem fins comerciais, de consumo e circulação de riquezas.	Tem fins políticos, sociais, culturais e ideológicos.
Envolvendo uma remuneração direta, diante de seu intuito de lucro.	Não tem intuito de lucro.
Tem sempre um patrocinador	Nem sempre tem um patrocinador.
Exemplo: anúncio publicitário de uma loja de eletrodomésticos ou de uma montadora de veículos.	Exemplo: propaganda do governo para uso de preservativo no carnaval.

Fonte: TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**. 6ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

A oferta constitui um momento decisivo dentro da relação de consumo, no período pré-contratual, pois é o momento em que ocorre a construção da vontade do consumidor, sobre o conteúdo estipulado pelo fornecedor. Então, faz-se necessário a determinação de uma oferta clara e informativa, para que o contrato venha a ser confirmado, sem vícios nas relações de consumo e garantias para que a vulnerabilidade do consumidor não seja ampliada.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu Art. 31, trata da regulamentação da oferta, que deve apresentar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantias, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

O conteúdo das ofertas publicitárias deve ser emitido com extrema cautela, pois irá configurar em uma obrigação pré-contratual, vinculando a oferta e seus termos como uma obrigação pelos fornecedores de cumprir contratualmente o que foi estipulado. (MARQUES, 2016, p. 848). Estando essa ideia positivada no Art. 30 do CDC, transformando a proposta realizada como parte do contrato, como se fosse “(...) uma cláusula extra, não escrita, mas

cujo cumprimento poderá ser exigido, mesmo de maneira litigiosa, perante o Judiciário.” (MARQUES, 2016, p. 849).

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.

O consumidor, ao realizar uma oferta, deve cumprir com todo o conteúdo propagado, pois, como já retratado, possui um vínculo pré-contratual. Portanto, em um futuro contrato, deverá efetivar o que foi divulgado ao público, estando atrelado ao material difundido.

(...) o que informou em sua oferta dirigida ao público, a exemplo do que faz ao divulgar seus produtos e folders (encartes dobráveis), cartazes, anúncios publicitários em rádio, televisão, internet (rede mundial de computadores), e demais veículos de comunicação. (BESSA, MOURA, 2014, p.147)

Com essa ampliação da ideia de oferta, a partir do Código de Defesa do Consumidor, ocorreu uma renovação no conceito de *invitatio ad offerendum*, pois a publicidade era considerada apenas uma divulgação, sem caráter vinculativo. Atualmente, a partir do momento que a oferta, veiculada pela publicidade, possui como conteúdo elementos imprescindíveis da relação de um objeto ou serviço e preço, a publicidade passa a constituir um vínculo sobre todo o seu conteúdo, necessitando exclusivamente do aceite do consumidor para a execução do contrato. (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2016)

Esse mesmo ato é irrevogável de forma unilateral, pois a partir do momento em que a publicidade é divulgada, já ocorre a criação do vínculo com o fornecedor, estando a empresa atrelada ao conteúdo total divulgado. Em situações nas quais os consumidores se sentem violados por ofertas que não foram cumpridas, está o fornecedor submetido aos efeitos do contrato, infringindo o princípio da confiança, estimulado anteriormente pelo meio publicitário ao polo mais fraco da relação. (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2016)

As ofertas publicitárias assumem uma posição de vínculo pré-contratual e são analisadas com bases em princípios básicos como o dever de boa-fé, o da vinculação da oferta, da publicidade e da função social do contrato.

Os autores Flávio Tartuce e Daniel Amorin A. Neves estabelecem uma associação do Art. 30 do CDC, aos princípios da boa-fé e a da função social do contrato, afirmando que a norma representa “(...) uma das mais fortes mitigações da força obrigatória da convenção (*pactu sunt servanda*) em todo sistema jurídico nacional.” (2017, p.421), definindo que tudo o

que foi ofertado integra o contrato de forma integral. Sendo o princípio da boa-fé relacionado ao dever de conduta honesta, leal, justa por parte do fornecedor, que não deve tentar criar meios de se beneficiar, valendo-se de sua posição na relação e a vulnerabilidade do consumidor, de acordo com o art. 51, IV do CDC.

Já a autora Cláudia Lima Marques (2016, p.906) define como princípios fundamentais a vinculação da oferta, o da boa-fé e transparência da informação repassada ao consumidor. O princípio da informação é um direito básico ao consumidor, que deve ser informado de forma adequada e bem clara, conforme estabelecido no art.6º, III, do CDC, relacionado ao princípio da transparência, estipulado no caput do art. 4º do CDC.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Essa publicidade pode estar presente em diversas formas de consumo, inclusive para ofertas de compras a serem realizadas por meios virtuais, que, com a evolução das tecnologias, vem ganhando um papel de destaque e uma elevada aderência por parte da sociedade. Os contratos de comércio eletrônico, fornecidos por determinadas empresas, ainda encontram resistência por parte da sociedade e problemas práticos vinculados a falta de confiança, conforme é o entendimento de Sophia Martini Vial. (2013, p.233)

O instrumento da publicidade se tornou indispensável para as empresas de e-commerce, que se utilizam desse mecanismo para alcançar o consumidor, buscando promover benefícios para que seja mais benéfico firmar contrato de consumo com uma empresa eletrônica, visando uma diminuição dessa desconfiança para que a empresa possa continuar a concorrer no mercado.

A autora Cláudia Lima Marques destaca uma divisão realizada por Nobert Reich acerca das formas de contratação à distância, ou seja, por meios virtuais, sendo a primeira, quando o consumidor se encaminha para uma empresa que já conhece e possui uma relativa confiança; ou quando está utilizando a Internet e se depara com publicidade no próprio site da empresa; ou quando essa publicidade é realizada por outros meios, como o envio de um e-mail ao consumidor, podendo direcioná-lo diretamente ao sítio do fornecedor. (2016, p.965)

Isso demonstra a influência que a oferta publicitária possui no mercado eletrônico, por isso deve-se ter uma atenção redobrada acerca do assunto, buscando sempre prevenir e proteger os consumidores de práticas abusivas.

### 3.2 A PUBLICIDADE COMO UMA PRÁTICA ABUSIVA

As práticas abusivas nas relações de consumo acontecem quando o fornecedor, valendo-se de sua posição no contrato, utiliza-se de condutas para obter vantagens sobre o polo mais vulnerável da relação, configurado justamente pelo consumidor, violando o Art. 39 do Código de Defesa do Consumidor.

Dentro da relação de consumo, detectam-se práticas abusivas quando o contrato estipulado pelo fornecedor busca impor condições negociais prejudiciais ao consumidor, valendo-se da sua situação de superioridade financeira, técnica sobre o objeto da relação.

Como a publicidade é um instrumento de grande influência na sociedade, o CDC buscou criar proibições em relação ao tema, como uma forma de defesa do consumidor, que assume uma posição de vulnerabilidade na interação com o fornecedor, que não consegue atuar no mesmo nível de igualdade; existem duas medidas possíveis que são a proibição da publicidade abusiva e a publicidade enganosa, que será matéria de estudo.

Dentre todas as possibilidades de práticas abusivas, dentro de uma relação de consumo, a análise será direcionada a possibilidade de realização de publicidade enganosa por parte de empresas, especificamente as de e-commerce, ou seja, as realizadas no meio virtual.

A publicidade enganosa pode ser configurada quando é realizada uma divulgação que comporte no seu conteúdo informações falsas, mentirosas ou omissas por parte dos fornecedores, estimulando o consumo dos produtos ou serviços vinculados, ocasionando aos consumidores violações por não obterem acesso às informações de forma adequada.

A publicidade enganosa está prevista no Art. 37, caput, e parágrafos 1º e 3º, sendo essa considerada qualquer publicidade que possua conteúdo falso de forma parcial ou integral e, até mesmo, a omissão de informações consideradas importantes para o consumidor, induzindo ao erro, sendo essa a principal característica da publicidade enganosa. Claudia Lima Marques considera que “A interpretação dessa norma deve ser necessariamente ampla, uma vez que o ‘erro’ é a falsa noção da realidade, falsa noção de potencial, formada na mente do consumidor por ação da publicidade.” (MARQUES, 2016, p.909).

É enganosa a publicidade capaz de induzir consumidores em erro quanto ao produto ou serviço em promoção. A mera inserção de informações inverídicas, por si só, nada tem de ilegal, uma vez que pode representar a licita tentativa de mobilizar a fantasia do espectador, com objetivos de promover o consumo. Em outras palavras, para se caracterizar a publicidade enganosa, não basta a veiculação de inverdades. É necessário também que a informação inverídica seja, pelo seu conteúdo, pela forma de sua

apresentação, pelo contexto em que se insere ou pelo público a que se dirige, capaz de ludibriar as pessoas expostas à publicidade. (BARIFOUSE *apud* COELHO, 2018, p.111)

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.  
(...)

Conforme é descrito por Leonardo Barifouse (2018, p.111) a existência de uma publicidade enganosa acarreta em vício de consentimento, que leva o consumidor ao erro sobre o produto ou serviço presente na oferta publicitária em questão, resultando em um negócio que, em regra, não seria celebrado pelo consumidor se o mesmo possuísse todas as informações necessárias. “Apesar da menção ao engano, ao erro, não se pode esquecer que o ato de indução representa dolo, ou seja, uma atuação maliciosa praticada com o intuito de enganar outrem e ter benefício próprio.”, conforme é o entendimento de Flavio Tartuce e Daniel Neves (2017, p.448). Esse dolo pode ser positivo (publicidade enganosa por ação) ou negativo (publicidade enganosa por omissão).

A publicidade enganosa por omissão (art. 37, §3º do CDC) é configurada quando o fornecedor deixa de oferecer informação importante sobre o conteúdo da oferta, sendo esse fator fundamental para o prosseguimento do contrato de consumo. Essa omissão ocorre de uma ação intencional, ou seja, o fornecedor tinha a intenção de se manter silente sobre determinado conteúdo, a fim de se beneficiar perante a falta de conhecimento ou atenção do indivíduo vulnerável nessa relação.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Essa pratica viola o princípio da informação, pois omite pontos significativos para o estabelecimento de uma relação equilibrada, infringindo igualmente o princípio da boa-fé, pois a partir do momento em que se identifica um dolo negativo de quem estipula a oferta publicitária, percebe-se a intenção do fornecer em se prevalecer em detrimento do consumidor, não atuando de forma honesta.

Além disso, a independência do consumidor na relação de consumo está atrelada especificamente as informações que o mesmo possui acerca do objeto da oferta, pois elas são

importantes para a criação do seu consentimento e a formação da sua opinião. Então, quando a informação é incompleta, enganosa ou omissa ocorre um prejuízo a essa autonomia de escolha, que expõem o consumidor a situações de vulnerabilidade e a realização de escolhas prejudiciais. (TARTUCE; NEVES, 2017, p. 450)

No artigo “O controle da publicidade na trincheira do consumismo” o autor aborda discussões estabelecidas pelo doutrinador Herman Benjamin, que define que uma conduta enganosa na publicidade não necessita exatamente da utilização de um conteúdo falso na sua integralidade, de forma parcial ou da omissão de informações para ser caracterizada, precisando apenas existir a possibilidade de persuasão ao erro do consumidor; essa oferta publicitária já seria passível de ser considerada enganosa. (BARIFOUSE, 2018, p.112)

Além disso, tratou sobre um debate acerca dos resultados distintos em relação aos dois modelos no mercado. O primeiro relacionado ao fornecedor que sempre será responsabilizado pelo conteúdo enganoso da sua publicidade, não podendo este alegar, como forma de excludente, que essa conduta imputada é realizada de forma habitual, isto é, como uma praxe.

A outra perspectiva possui como enfoque uma análise sobre o consumidor, relacionando a configuração da prática de publicidade enganosa a uma verificação acerca de um entendimento sobre o que seria considerado consumidor médio, dentro do padrão alvo da publicidade. Concluindo que seria necessário comprovar que a oferta publicitária possui um conteúdo falso prejudicial ao entendimento desse consumidor médio, dentro do rol objetivo de alcance da mesma, resultando a não configuração da prática, no caso de uma vinculação razoavelmente clara para o entendimento destes.

O posicionamento de Barifouse (2018) emite críticas a esse pensamento, entendendo maléfico a percepção de configuração do consumidor considerado médio, estendendo o termo para a caracterização da prática abusiva, a qualquer consumidor exposto a publicidade enganosa, buscando a proteção do consumidor, tido como vulnerável, para se obter relações mais justas e equilibradas, sendo o CDC o instrumento cabível para o procedimento.

É importante ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor positivou dois instrumentos distintos acerca da proteção à publicidade, sendo esses aplicados a situações diversas, buscando obter o mesmo resultado, que seria a garantia de princípios e direitos do consumidor dentro da relação de consumo. O instituto da publicidade abusiva, prevista no art. 37, §2º do CDC, trata sobre a existência dentro do enfoque publicitário de um conteúdo abusivo, instituído de forma ilícita, a qual possui como conteúdo a violação de direitos sociais.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 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.

Uma das principais diferenças entre os dois modelos é que a publicidade enganosa induz o consumidor acerca do conteúdo ofertado, criando vícios no poder volitivo do consumidor. Porém, a publicidade abusiva tem o seu erro presente no teor abusivo e discriminatório da publicidade, ocasionando uma afronta a valores de dignidade, presentes na coletividade.

Nesse caso, com efeito, não se pretende somente proteger os consumidores contra informações falsas que os induzam em erro, tal como ocorre com a publicidade enganosa, mas a proteção é amplificada para impedir a manipulação de uma psique mais sugestível – ainda que sem veiculação de informações inverídicas. (BARIFOUSE, 2018, p. 115)

A publicidade pode ser um instrumento benéfico para a estimulação do mercado, concorrência, gerar garantias às empresas e uma oportunidade de se destacar perante a sociedade, dentre do grande leque de ofertas existente no mercado. Por isso, faz-se importante uma atuação efetiva de regulamentação para que esse mecanismo de divulgação seja o mais claro e informativo, buscando a proteção do indivíduo vulnerável na relação de consumo, principalmente no meio virtual, sendo o Judiciário, por meio da aplicação da lei vigente sobre o assunto, o responsável por atuar nos casos de violação ao determinado como parâmetro e ressarcir os possíveis danos ocasionados aos particulares, conforme destacado nas jurisprudências a seguir.

CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE DAR. ALEGAÇÃO DE PUBLICIDADE ENGANOSA. AUTORA QUE PRETENDE QUE A RÉ CUMpra O VALOR DA OFERTA CONSTANTE DO ANÚNCIO NO SITE MERCADO LIVRE. RÉ QUE NEGA QUE O PREÇO INFORMADO FOSSE PARA VENDA DO PRODUTO DIZENDO TER ESCLARECIDO A CONSUMIDORA. AUTORA DEMONSTROU QUE O TRAILER FOI ANUNCIADO PARA VENDA PELO VALOR DE R\$ 1.100,00. RECONHECIDO DIREITO DA AUTORA. OFERTA QUE OBRIGOU O PROPONENTE. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 35, I, E 37, §1º, AMBOS DO CDC. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (TJ-RS - Recurso Cível Nº 71005797311, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Mara Lúcia Coccaro Martins Facchini, Julgado em 31/03/2016)

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOR. DEVER DE INFORMAÇÃO. COMPRA DE PRODUTO

EM SITE. PROMESSA DE FRETE GRÁTIS. OFERTA E PUBLICIDADE. PUBLICIDADE ENGANOSA. ARTIGOS 30 E 37 DO CDC. DEVER DE RESTITUIR O VALOR DO FRETE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-RS - Recurso Cível Nº71003531662, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabio Vieira Heerd, Julgado em 31/05/2012)

Os presentes julgados foram decisões proferidas no Tribunal Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, condenando os Réus das ações pela prática de publicidade enganosa em contratos de e-commerce, responsabilizando-os pela realização da conduta e os danos ocasionados aos consumidores.

Na primeira jurisprudência a fornecedora cobrou valor superior a oferta divulgada no trailer publicitário, configurando violação ao princípio da vinculação da oferta e informação; assim, como no segundo julgado, que retrata a existência de conteúdo falso na oferta publicitária, pois foi divulgado que se a compra fosse efetuada, o frete seria gratuito, sendo esse valor cobrado posteriormente ao consumidor.

Essa responsabilização do fornecedor pela prática de publicidade enganosa ou abusiva pode ser realizada, não somente na seara judiciária, mas também por meio de outros instrumentos extrajudiciais, no âmbito privado, como o CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária), podendo o particular ingressar perante o órgão de autorregulamentação publicitária, em busca de coibir que as empresas continuem a se beneficiar com a propagação de condutas ilícitas.

### 3.3 AUTORREGULAÇÃO DA PUBLICIDADE E OS INSTRUMENTOS EXTRAJUDICIAIS DE TUTELA

A autorregulação da publicidade é quando dentro do mercado, na esfera publicitária, são utilizados instrumentos, regras e parâmetros próprios para regular a atuação da atividade por meio de um sistema regido no âmbito privado, com a criação de um órgão específico para exercer esse funcionamento. Essa atuação busca a resolução de problemas inerentes à atuação do setor publicitário, sem a utilização de aparatos disponibilizados pelo Estado.

Porém, apesar de ter estruturas e normas próprias, essas devem ser consonantes com a legislação brasileira, buscando uma atuação em acordo com as normas de preservação da concorrência de mercado, garantia de proteção ao consumidor e proteção a atuação da atividade para que essa possa ser mais justa e desperte no consumidor, principal alvo da atuação publicitária, confiança.

O órgão autorregulamentador define que os preceitos básicos que definem a ética publicitária são que todo anúncio deve ser honesto e verdadeiro e respeitar as leis do país; ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar diferenciações sociais; deve ter presente a responsabilidade da cadeia de produção junto ao consumidor; respeitar o princípio da leal concorrência e deve respeitar a atividade publicitária e não desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta. (CAUDURO, PASQUALOTTO, 2016, p.214)

Em regra, o controle da autorregulação não visa unicamente à proteção e defesa dos direitos do consumidor, e sim um resguardo ao direito à concorrência, afinal é realizado pelo próprio setor, buscando garantir o zelo com a sua atuação perante a sociedade. Porém, mesmo nessas situações, onde a atuação busca prevenir a garantia de direitos relacionados a matérias diversas, de forma subsidiária, é possível que as proteções dos consumidores sejam resguardadas. (BARIFOUSE, 2018)

A principal finalidade desse instrumento é a manutenção da confiança do mercado e da sociedade perante o conteúdo que está sendo disponibilizado e vinculado por essa forma de atividade. Sendo esse um mecanismo de proteção que visa tornar o desenvolvimento da operação cada vez mais sólida e coibir atitudes ilícitas por esses profissionais que busca se beneficiar de forma inadequada.

No Brasil, órgão responsável por exercer a autorregulação da publicidade, através de um âmbito privado, regulado pelos próprios profissionais, é o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), criado em 1980, que se baseia em normas presentes no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Os autores Adalberto Pasqualotto e Luiza Cauduro, definem o CONAR como:

É constituído por publicitários e profissionais de outras áreas, tratando-se uma organização não governamental que visa promover a liberdade de expressão publicitária e defender as prerrogativas constitucionais da propaganda comercial. (2016, p.215)

Dentro da estrutura do CONAR existe um Conselho de Ética, responsável por atuar em casos de possíveis violações ao Código profissional e aplicar as decisões e sanções de acordo com o caso em questão. Em regra, as decisões emitidas pelo CONAR não possuem caráter coercitivo, sendo emitidas recomendações sobre os casos que estão sendo passíveis de análise, podendo aplicar uma orientação de alteração ou suspensão da publicidade impugnada e advertência. (CAUDURO e PASQUALOTTO, 2016, p.215)

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária de atividade foi instituído em 1980, sendo uma ferramenta indispensável para estabelecer diretrizes específicas acerca

de publicidade. Sendo essas diretrizes o instrumento legislativo utilizado pelo CONAR para definir os parâmetros e as práticas vedadas, estabelecendo, no seu art.1º, que toda publicidade deve conter informações verídicas, “Todo anúncio deve ser respeitador e conformar-se às leis do país; deve, ainda, ser honesto e verdadeiro.”, se aplicando ao caso da realização de publicidade enganosa.

Ao analisar a ausência do caráter coercitivo dos órgãos de autorregulação, surge o primeiro problema, salientado por diversos autores acerca da mera posição de recomendação, não gerar uma vinculação obrigatória. Então, as empresas que vincularem ofertas publicitárias passíveis de análise, que tiverem a procedência dos pedidos imputados a elas, o cumprimento da decisão está vinculado unicamente ao interesse desse particular em executá-la, de acordo com o a sua vontade. (CAUDURO e PASQUALOTTO, 2016, p.215)

Em primeiro lugar, a regra de autodisciplina não vincula todos os operadores, limitando-se àqueles que aderem, voluntariamente, a tal modalidade de controle. Ademais, as regras de autorregulamentação não são normas jurídicas, faltando –lhes, por isso mesmo, a qualidade de generalidade, obrigando somente os aderentes, isto é, opera tão-só no plano normativo interno. Nenhuma relevância externa é conferida às regras de um tal ordenamento. Em terceiro lugar, um tal sistema – em oposição ao estatal, fundado na autoridade – apresenta-se como mera derivação contratual. Sua força vinculante, é portanto, inferior à do modelo público. Além disso, o controle não se faz pelo ângulo do consumidor, mas agregando-se a preocupações dessa natureza outras que pouco têm a ver com ele, na sua posição de parte vulnerável no mercado, como aquelas relativas à concorrência leal e à moralidade. (BENJAMIM, 2001, p 313-314)

Os benefícios relativos à utilização desse modelo, como instrumento de caráter disciplinar, é a possibilidade de um resultado mais célere, até certo ponto efetivo, influenciado pelo destaque que o órgão possui sobre a o setor publicitário, o mercado e a sociedade. É também um instrumento de ingresso por parte dos particulares, consumidores que se sentirem violados pelas ofertas vinculadas, infringindo os dispositivos do CDC, aumentando as possibilidades de ingresso e proteção desses indivíduos. (CAUDURO, PASQUALOTTO, 2016, p.215-216)

#### **4 A RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS DE E-COMMERCE POR PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA**

O presente capítulo visa tratar sobre a responsabilização civil dos fornecedores, prevista no Código de Direito do Consumidor, em situações de violações contratuais,

especificamente no caso da realização da prática de publicidade enganosa nos meios virtuais. Além de estabelecer uma relação entre o princípio da confiança nos contratos eletrônicos e o instituto da responsabilidade civil.

#### 4.1 A RELAÇÃO ENTRE A RESPONSABILIZAÇÃO EM CONTRATOS DE E-COMMERCE E O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Os contratos eletrônicos, conforme anteriormente retratado, possuem como principais características o desenvolvimento de contratos de massa e adesão, além da produção de contratos desmaterializados, que para ser concretizados necessitam apenas de um *click* por parte do consumidor, sendo essa a sua disposição de vontade acerca da contratação estipulada.

Toda essa transformação nos contratos trouxe uma nova realidade para a sociedade, ocasionando novos desafios, que promoveram uma maior exposição do consumidor a riscos inerentes a natureza do meio digital, modificando não somente os modelos de contratação, mas seu próprio conteúdo, pois em “muitas vezes, o próprio objeto do contrato é imaterial, assim como o vício do ‘objeto’ é informacional!” (MARQUES, 2006, p.17)

A internet é uma plataforma que proporciona aos fornecedores uma multiplicidade de formas de atuação, podendo atingir e se apresentar aos consumidores de maneiras distintas, de acordo com o seu interesse e público alvo. Cláudia Lima Marques (2006) delibera sobre três possibilidades progressivas de atuação. Como a utilização da internet unicamente como instrumento publicitário, realizando divulgação de ofertas e a exposição dos seus bens e serviços, exercendo um papel unicamente de apoio.

Outra possibilidade é a realização no meio eletrônico de práticas de marketing, mas também a finalização de contratos, ou seja, a concretização da relação de consumo, sendo apenas a distribuição do objeto do contrato realizada pelo meio físico. A última modalidade prevê a fixação de um padrão mais extensivo, onde todas as fases contratuais e a sua execução acontece pela internet, como a divulgação de publicidade, a conclusão do contrato e a entrega do objeto definido, sendo esse intangível. (MARQUES, 2006)

Com isso, as empresas de e-commerce ganharam força, tanto no âmbito nacional quanto internacional. Dessa forma, para facilitar a relação com o consumidor, muitos fornecedores desse ramo passaram a utilizar nas suas plataformas uma linguagem menos técnica e mais didática, criando uma ideia, a quem compra nesse meio virtual, de estar presente em uma loja física. Algumas dessas empresas, em um primeiro momento, ao firmar

um contrato, utilizam-se de alguns parâmetros de segurança, que geram ao consumidor uma confiança temporária acerca da legitimidade da relação. (MARQUES, 2006)

Porém, esse meio de contratação despersonalizado acentua a possibilidade de exposição da sociedade a situações prejudiciais e o risco a garantia da tutela do consumidor, ocorrendo um enfraquecimento ao princípio da confiança, elemento fundamental para se estabelecer um contrato de consumo, surgindo uma crise da confiança, que adveio dos novos modelos econômicos presentes na sociedade.

Dentro da ideia de adimplemento de deveres anexos está a necessidade de observância de certos aspectos para o fornecedor no momento de ofertar. Para Lorenzetti (2001), os deveres são de informação, confirmação e segurança, ou seja, dentro da informação estariam deveres de deixar claro ao consumidor quem é o fornecedor, qual o produto/serviço da oferta, os aspectos legais da contratação; já no dever de confirmação estaria na obrigação do fornecedor de enviar uma mensagem, ainda que automática, para confirmar o acuse de recibo; e, por fim, no dever de segurança está a ideia da própria confiança que, despertada no consumidor, deve ser respeitada pelo fornecedor. (VIAL, 2011, p. 6)

No âmbito do comércio eletrônico ainda existe a possibilidade da utilização de sites de intermediação, que atuam recorrendo a um amplo mecanismo de publicidade, com o objetivo de induzir o consumidor a uma ideia de segurança e confiança, sendo um dever do fornecedor a garantia dessa legítima expectativa. (ROCHA, 2007)

Aproveitando a lição de Carneiro da Frada, afirma-se a ideia de que o site de aproximação no comércio eletrônico responde pelas deficiências ou falta de segurança do sistema colocado à disposição dos internautas para a celebração de contratos à distância. As zonas de risco e de responsabilidade das partes, afirma o autor, têm de ser concretizadas em função das possibilidades de interferência danosa nos bens alheios que a especificidade do contato contratual propicia e da viabilidade do seu controle pelas partes, sendo possível imputar a alguém, para efeitos de responsabilidade, uma conduta de terceiros, sem que ao comportamento do (afinal) responsável se possa apontar a mais leve censura no plano ético-jurídico. (ROCHA, 2007, p.12)

Como já foi retratado, a execução do contrato eletrônico pode ser externalizado de diferentes maneiras, variando de acordo com o conteúdo do contrato e o objeto estipulado. Na sua grande maioria os contratos envolvem uma obrigação de dar, e entregar algo ao consumidor, podendo ser de um produto informatizado, ou seja, intangível, ocorrendo um processo de desmaterialização, gradativamente mais presente na sociedade, em decorrência do avanço das tecnologias.

Os meios de contratações eletrônicas, assim como todos os contratos de consumo, estão passíveis de conter vícios, que devem ser evitados e responsabilizados pelos danos ocasionados ao consumidor. É possível a desmaterialização desse vício, em situações de violação a estipulações contratuais e legais, surgindo com isso uma dificuldade de identificação, pelas circunstâncias do contrato e o objeto não físico. (MARQUES, 2006)

Existe a possibilidade da presença nos contratos eletrônicos de vícios imateriais, podendo ser demonstrado na modalidade *stricto sensu* relativo a problemas pertinentes no período pré-contratual, momento de exposição e divulgação da publicidade, como a utilização da publicidade enganosa ou os vícios referentes à qualidade e quantidade do produto ou serviço oferecido ao consumidor, por infringir a vinculação da oferta, ocasionando uma violação ao princípio da confiança. (MARQUES, 2006)

Os meios digitais impulsionaram as relações de consumo, elevando o nível de desconfiança dos consumidores; esses riscos são inerentes as suas características, por se estabelecer um contrato à distância, firmado com uma figura desconhecida, por um meio de difícil constatação e uma ampla área de atuação, podendo atingir a nível internacional. A distância é um elemento que impulsiona a insegurança pela possibilidade de erros e vícios presente em diversos momentos da relação, podendo ocorrer na fase de entrega do bem ou serviço, na forma de pagamento e também na supressão de informações essenciais.

A fluidez ou a desmaterialização da contratação é um elemento a mais de insegurança a ser considerado: o fornecedor não aparece materializado através de um vendedor, o fornecedor não tem mais "cara", tem sim uma marca, um nome comercial, uma determinada imagem, um marketing virtual ou televisivo, uma estratégia de telemarketing. O fornecedor não tem endereço comprovável, mas apenas "informável". Do fornecedor não se sabe sequer se é realmente um profissional, pois dada a diminuição dos custos de oferta e de transação que a internet traz, 251 o fornecedor pode ser um "iniciante" ou mesmo um adolescente "genial", o fornecedor pode ser, em resumo, um outro consumidor, como no caso dos leilões por rede ou dos negócios eventualmente realizados em chats ou salas virtuais. (MARQUES, 2006, p.23)

Entretanto, é importante ressaltar que os fornecedores devem buscar instrumentos e metodologias visando um combate a essa crise da confiança que assola a sociedade atual, principalmente dentro dos meios virtuais, sendo também dever do Estado garantir a segurança e a tutela dos direitos e garantias dos consumidores.

A responsabilização por danos e vícios em contratos eletrônicos, proferidos a favor do consumidor, em regra, continuam sendo falhas em abordar a confiança do cliente, não sendo suficiente para instigar na sociedade o sentimento de proteção e segurança em relação à

garantia dos seus direitos. Esse fenômeno ocorre por diversos fatores, como a ausência de punições aplicadas em caráter educativo às empresas, visando extinguir a realização da conduta imputada e estimular a confiança do consumidor.

Outro ponto a ser comentado é o caráter internacional que os meios eletrônicos podem atingir, provocando dúvida acerca da possibilidade de resguardo das garantias previstas no CDC aos consumidores e qual seria a jurisdição correta aplicada ao caso. A doutrinadora Cláudia Lima Marques retratada um posicionamento adotado por Fuhrmann acerca do assunto, que afirma que a Internet criou no consumidor uma ideia de exaurimento sobre a possibilidade de recorrer em vias nacionais e internacionais, surgindo como uma solução a criação de um espaço seguro, estabelecendo formas de solução de controvérsias e atendimento rápido e eficiente ao consumidor, em busca de resgatar esse vínculo de segurança entre as partes da relação de consumo. (MARQUES, 2006)

#### 4.2 A RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS DE E-COMMERCE

Com a evolução da sociedade e a transformação das formas de consumo surgiu a necessidade de responsabilização dos fornecedores por danos sofridos aos consumidores em decorrência de ilícitos nas relações de consumo, agravando a posição de vulnerabilidade desses indivíduos. A informática e os meios digitais, a partir do avanço da sociedade, tornaram-se instrumentos indispensáveis na atualidade e, com isso, “acentua-se o fundamento da responsabilidade civil nas relações de consumo, ou seja, o risco da atividade empresarial, marcada pelo uso frequente de técnicas agressivas de contratação.” (MARTINS, 2014, p. 44)

Cláudia Lima Marques possui o entendimento de que os contratos de consumo devem ser observados a partir de um viés protetivo do consumidor, aplicando uma interpretação de acordo com preceitos constitucionais, buscando a proteção desse polo com a aplicação de normas que visem garantir direitos fundamentais aos consumidores. (MARTINS, 2014)

A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em consequência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada. (MORAES, 1993, *apud*, MARTINS, 2014, p. 47)

É possível definir dois fatores que proporcionaram uma maior exposição do consumidor aos riscos e possíveis danos, dentro de uma relação de consumo, de acordo com Guilherme Martins. Sendo a primeira, a nova forma de comércio existente no mercado, de acordo com o surgimento da produção massificada, que elevou a possibilidade de exposição a danos, extinguindo a realização de atendimento especializado e unitário, que garantia uma maior segurança ao consumidor. (2014)

Essa ideia está associada à criação de uma distribuição em massa, utilizando-se de mecanismo de transferência em larga escala, possibilitando um maior alcance territorial e elevando, conseqüentemente, os lucros das empresas. Porém, em contrapartida, esses produtos se tornam mais suscetíveis a defeitos, pela sua forma de produção e distribuição, sendo esse fator potencializado pelos padrões de comércio virtual. (MARTINS, 2014)

Então, a responsabilização civil possui o intuito de oportunizar a reparação ou restituição aos indivíduos lesados por situações configuradas como imprevisíveis, dentro do contrato de consumo, decorrentes de vícios no objeto estipulado ou conduta ilícita por parte de quem produz a oferta, ocorrendo uma violação legal ou contratual.

O doutrinador Bruno Miragem define o que seria a conduta causadora do dano e a realização de um ato ilícito.

A semântica do termo conduta remete-nos, o mais das vezes, ao de ação, ato, comportamento humano comissivo ou omissivo que enseje um determinado resultado. Trata-se, nesse aspecto, de um comportamento tipicamente humano, uma projeção externa humana causadora de conseqüências fáticas que, localizadas nas espécies de atuação eleitas pela norma jurídica, tornam-se, por isso, atos jurídicos, em relação aos quais o direito atribui requisitos e conseqüências.

O ato ilícito com pressuposto da responsabilidade civil, nesse sentir, insere-se na tutela genérica de interesses socialmente valiosos, e é compreendido em relação à pessoa como violação de um dever jurídico de não lesar. Já o que se há de considerar por lesão é termo de necessária atribuição pela norma no exercício de função valorativa que lhe é própria, a partir de um juízo prévio de compreensão de determinadas ações humanas como desejáveis ou não sob o prisma da paz social e, moderna mente, na proteção da dignidade da pessoa humana. Em razão de uma compreensão valorativa de certos comportamentos sociais é que, por intermédio de determinações de natureza imperativa, prescritiva ou proibitiva, a norma elege condutas em face da lesão a direito que a ordem jurídica pretende evitar. (MIRAGEM, 2016, p.567)

É importante frisar que a responsabilização do fornecedor é aplicada como uma medida reparatória sobre possíveis prejuízos ocasionados ao consumidor, não podendo ser utilizada em situações de não satisfação com o produto ou serviço, configurando como requisito para sua observância a existência de uma conduta danosa.

Ademais, o princípio da vinculação à oferta, de forma excepcional, pode ser revogado, que ocorre em situações em que a oferta disponibilizada e informada contém erros grotescos, divulgados de forma excepcional, não sendo uma prática realizada de forma reiterada pela empresa. Essa é uma posição adotada pelo STJ, ao proferir decisões acerca do assunto, pois se entende que o fornecedor não teve a intenção de se beneficiar com a conduta.

No âmbito do Direito do Consumidor é adotada a teoria do risco da atividade, que consiste na internalização por parte do fornecedor dos riscos decorrentes da atividade prestada pelo mesmo, não podendo transferir esse ônus ao consumidor, caracterizando o que é conhecido como *Caveat Venditor*, sendo esse o modelo padrão e está relacionado aos princípios que norteiam essa área.

Essa busca por uma reparação integral, conforme é estipulado por Geneviève Viney e Patrice Jourdain, não pode ser absoluta, pois se a sua aplicação ocorrer de forma usual, tornando-se uma prática comum e reiterada, pode ocorrer o compartilhamento com o consumidor dos riscos inerentes à relação, refletindo no aspecto econômico. (MARTINS, 2014, p.50)

(...) O princípio da reparação integral encerra em si mesmo uma força de expansão que permite conjecturar se o preço da segurança das vítimas não se tornará extremamente elevado para o conjunto do corpo social, o que se mostra tanto mais perigoso do que a indeterminação que aquele implica na fixação do montante das indenizações, que se rebela em face das previsões econômicas. (VINEY, JOURDAIN, 2001, *apud*, MARTINS, 2014, P.50-51)

Como uma forma de prevenir essa prática e possibilitar que a responsabilização civil nas relações de consumo seja realizada pela forma mais justa, deve ocorrer uma análise específica, para que o montante indenizatório seja compatível com o dano e prejuízo causado pelo mesmo, buscando uma decisão proporcional.

Antes de fazer uma análise acerca dos dispositivos legais que retratam a responsabilização, deve-se entender a distinção estabelecida por alguns doutrinadores acerca da diferenciação entre vício e defeito. Sendo necessário o entendimento acerca dos dois instrumentos, para a sua aplicação na sociedade, resultando em forma de responsabilização distintas, fundamentadas em normas legais diversas.

O defeito é considerado um vício de qualidade ou insegurança, não estando relacionado a um dever de segurança absoluta, mas de garantir que as expectativas do consumidor acerca da preservação do objeto de consumo sejam respeitadas, sendo considerada a espécie mais grave, pela possibilidade do dano ocasionar violações físicas e

psíquicas aos consumidores. Ademais, no caso concreto, será função do juiz estabelecer um critério de valoração, que deverá observar as características básicas que configurariam ao produto ou serviço um critério compreensível de segurança. (MIRAGEM, 2016)

O doutrinador Bruno Miragem (2016) define que essa análise valorativa deve ser aplicada de forma extensiva ao momento da oferta de consumo, visando proporcionar uma a proteção ao consumidor mais ampla e justa, afinal é dever do fornecedor oferecer adequada informação, utilizar-se de instrumentos lícitos e realizar controle sobre as formas de comercialização, para que não ocorra um favorecimento sobre a figura do indivíduo vulnerável, utilizando-se de manobras inadequadas.

O vício é a infração do dever de adequação por qualidade, sendo considerado de menor potencial. A sua aplicação está relacionada a problemas na qualidade ou quantidade do produto ou serviço, resultando na desconformidade ou desvalorização do mesmo e em “decorrência do exercício de sua atividade, são obrigados a garantir que o produto ou serviço alcance o fim proposto e seja condizente com o descrito na embalagem ou mensagem publicitária.” (CASTRO, VIEGAS, 2016, p.11)

Finalmente, os vícios e os defeitos apresentam regimes jurídicos diversos. Nos vícios, a responsabilização do fornecedor de produtos e serviços é mais restrita: substituição do produto, reexecução do serviço, rescisão do contrato, abatimento no preço, perdas e danos. Nos defeitos, a responsabilidade é mais extensa, devendo ser reparada a totalidade dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos pelo consumidor. (SANSEVERINO, 2002, *apud*, MARTINS, 2014, p. 133)

Entretanto, essa distinção não é absoluta e obrigatoriamente aplicada de forma separada, pois existe a possibilidade de no mesmo caso, ocorrer a aplicação dos dois regimes, para a reparação do bem ou serviço, dependendo dos danos ocasionados ao mesmo.

O autor Guilherme Martins (2016), acerca dessa possibilidade de aplicação de vício de qualidade e insegurança, ao mesmo fato utiliza como uma forma de elucidar o caso um exemplo envolvendo a utilização da Internet. Configurando um vício de qualidade quando o problema está relacionado à dificuldade de acesso, porém a partir do momento em que resultar em problemas externos, como a pane de software, permite uma análise com base em outra noção de dano.

Em regra, no âmbito do direito do consumidor, o modelo de responsabilização adotado é o de responsabilidade objetiva, que consiste na responsabilização do fornecedor,

independente da comprovação de culpa ou dolo pelo consumidor que está realizando a alegação, necessitando apenas provar o dano e o nexo de causalidade.

A justificativa utilizada para a aplicação desse modelo, perante o instrumento reparatório, é justamente a aplicação da teoria do risco da atividade econômica, citado anteriormente, como uma forma de proteger o consumidor e penalizar a figura responsável por não atender ao esperado e ofertado no contrato de consumo, frustrando as legítimas expectativas. O legislador buscou a manutenção da utilidade social, como uma forma de permitir que o instrumento da responsabilização se torne mais acessível ao consumidor, principalmente nas situações em que é difícil comprovar a culpa do agente, buscando permitir a efetiva prestação jurisdicional. (MIRAGEM, 2016)

A supressão do critério culpa foi disponibilizada, baseada também na observação da teoria da qualidade, que consiste na realização de um contrato de acordo com as expectativas do consumidor, criando esse vínculo presente desde o momento pré-contratual, com as ofertas em ações publicitárias. O contrato determina todas as condições e especificidades do bem e serviço ofertado ao consumidor; a inobservância desse conteúdo estipulado resulta no surgimento de efeitos contratuais e extracontratuais, estando presente em todos os momentos do contrato (pré-contratual, durante e pós-contratual), buscando manter o equilíbrio entre as partes e proteger as garantias do consumidor, por meio do instrumento reparatório. (MARTINS, 2014)

Essa responsabilidade objetiva do fornecedor está prevista no CDC, no seu art. 12, que trata da aplicação em casos de defeito do produto ou a ausência de informações que coloquem a integridade do consumidor em uma situação de risco. Outro dispositivo é o art. 14, que determina a sua aplicação em situações de danos na prestação de serviço.

Assim dispôs o CDC sobre a responsabilidade objetiva:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

O vício de insegurança pode ser subdividido em três categorias, na fase de criação, produção e informação, de acordo com a forma em que o mesmo será externalizado no

contrato de consumo. O primeiro acontece em situações onde o problema está figurado no momento de criação do produto, na fase inicial, prejudicando o seu bom funcionamento, afetando, conseqüentemente, todas as fases posteriores, refletindo de modo geral a cadeia de produtos desenvolvidos, quando a produção é realizada por um modelo em massa. O vício de insegurança por produção ocorre no momento de elaboração do produto, na sua formação, decorrente de um erro manual ou mecânico, afetando um número mais restrito de produtos. (MARTINS, 2014)

Ademais, a última classificação é o defeito de informação, presente no momento de disponibilização da oferta, que deve ser clara e dispor sobre todo o conteúdo essencial para que o consumidor possua todas as informações adequadas sobre o bem, informando as suas instruções e restrições, sendo o âmbito da informação indispensável e a sua ausência permite a aplicação do modelo reparatório. (MARTINS, 2014)

Uma correta e completa informação pode neutralizar, para fins do uso concreto do produto, a periculosidade intrínseca de algumas de suas características constituindo assim um termo de referência para a verificação de aceitabilidade ou não dos riscos pelo consumidor. (MARTINS, 2014, p.137)

A ausência de informação é um dos grandes fatores para a incidência de violação por insegurança, ocasionada nos meios de comércio eletrônico, presentes em publicidades ilícitas, plataformas digitais com ausência de informações, meios de acesso com vocabulário técnico ou utilização de outros idiomas, dificultando o amplo acesso dos consumidores.

É um fator fundamental no ciberespaço a garantia de segurança ao usuário durante a sua utilização do programa, sendo aplicada a responsabilização em casos de não observância de deveres essenciais, de modo a “garantir o fluxo regular das informações, a continuidade do acesso e o conteúdo informativo relativo à circulação dos produtos e serviços.” (MARTINS, 2014, p.138)

Em regra, nas situações em que o objeto do contrato é a prestação de serviço, aplica-se o mesmo regime de responsabilização pelo fato do produto, contendo algumas peculiaridades. Portanto, a sua inadequação ocorre se a sua prática expuser o consumidor ao perigo, infringindo a garantia esperada de segurança, usando como parâmetro as informações ofertadas pelos meios publicitários, que deve informar todas as peculiaridades do serviço prestado pelo fornecedor.

A responsabilidade solidária também foi positiva no direito do consumidor, como uma forma de ampliar a defesa dos direitos do indivíduo hipossuficiente na relação e resguardar a

sua proteção em frente a situações de abuso e ilegalidades. Afinal, o modelo de produção e distribuição de produtos e serviços, na sua grande maioria, utiliza o padrão de disposição em larga escala, configurando uma cadeia de fornecedores, dificultando, em algumas situações, a definição do responsável pelo vício.

A aplicação solidária está presente no dispositivo legal, em seu art. 7º, parágrafo único do CDC, que determina exatamente que todos os autores envolvidos em situações de afronta aos direitos dos consumidores poderão ser responsabilizados pela reparação do mesmo.

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Além disso, é pertinente ressaltar que a aplicação do quantum indenizatório deve estar de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, procurando estabelecer um valor econômico equivalente ao prejuízo sofrido, para que não ocorra um enriquecimento ilícito e nem a aplicação de um valor extremamente inferior, ocasionando um desequilíbrio na relação, prejudicando o indivíduo que sofreu a violação. (CASTRO e VIEGAS, 2016)

Quando se trata das relações de consumo, estipuladas por meio de um comércio virtual, aplica-se a mesma regra de responsabilização destinada à vinculação física. A internet pelas suas particularidades e características, tornou-se dentro do sistema de consumo um instrumento no qual o consumidor estaria ainda mais suscetível a ocorrência de eventos negativos e não esperados.

Essa responsabilização, prevista no CDC e retratada acima, além de ser aplicada ao meio físico de contratação, estende-se ao meio virtual, inclusive em contratos firmados com empresas de e-commerce. A intensificação da possibilidade de danos está relacionada, não somente com a possibilidade de ocorrer problemas com o projeto, execução do produto ou serviço, mas também com o “(...) frequente uso intencional de seus recursos de comunicação para causar prejuízo a outrem, afetando assim a segurança dos consumidores.” (MARTINS, 2014, p. 530)

Especificamente nas situações de divulgação de ofertas virtuais por meio de publicidade ocorre a indispensabilidade do dever de informação, relacionado a vinculação da oferta e o surgimento da relação pré-contratual. Possibilitando que ocorra a responsabilização

do transmissor da oferta publicitária, que contém no seu conteúdo informações que induzam o consumidor ao erro ou omita um requisito indispensável, configurando uma prática abusiva de publicidade enganosa.

No que concerne às novas tecnologias, a comunicação, facilitada pelas redes globais, determina uma maior vulnerabilidade daqueles que se comunicam. Cada um de nós, ao utilizar pacificamente seu computador, já recebeu o choque de perceber que uma força desconhecida e exterior invadia o seu próprio programa, e o fato de não conhecer seu adversário preocupa ainda mais. Os juristas combatem as práticas fraudulentas através dos instrumentos clássicos da responsabilidade civil delitual, enquanto os malfeitores escapam a todos os controles em um espaço virtual. De outro lado, o comércio eletrônico levanta a questão do sistema jurídico de proteção efetiva dos consumidores. (JAYME, 2003, *apud*, MARTINS, 2014, p. 54)

A disseminação da oferta por meio de uma publicidade enganosa é passível de responsabilização, por se tratar de uma prática abusiva condenada pela legislação pertinente ao assunto. Em regra, será aplicada a figura que se beneficiou com a sua realização, causando prejuízos ao consumidor, que foi induzido ao erro. Entretanto, existe uma discussão acerca da extensão da responsabilização para que a mesma passasse a atingir a todos que participarem do seu processo criativo e de desenvolvimento e os meios que a divulgarem. (MIRAGEM, 2016)

A primeira vertente defende a ampliação da responsabilização em amparo a responsabilidade objetiva e solidária, como uma forma de proteger o consumidor, principalmente quando não for possível localizar o anunciante publicitário, sendo um risco potencializado no comércio eletrônico pelas características inerentes a internet. O autor Bruno Miragem destaca um precedente proferido pelo STJ, que defende a aplicação do art. 38º do CDC, pois seu conteúdo, apesar de retratar somente da responsabilização aplicada ao fornecedor, não excluiu a possibilidade de se estender aos demais entes envolvidos na sua publicação. (2016)

Porém, alguns doutrinadores defendem que esse procedimento não deve ser aplicado às agências de publicidade e veículos de comunicação, ao fundamento de que a inserção do serviço ou produto perante a sociedade não depende exclusivamente do meio publicitário, afirmando que o CDC não as exime de responsabilização, contudo “não nos parece haver como qualificá-los como fornecedores, razão pela qual estariam excluídos do regime da responsabilidade objetiva do CDC, a não ser quando atuem diretamente prestando serviço, e, portanto na qualidade própria de fornecedores.” (MIRAGEM, 2016, p. 282-283)

### 4.3 ÔNUS DA PROVA E O DEVER DE CONTRAPROPAGANDA

Durante a fase processual, a produção de provas para comprovar as alegações imputadas fica a cargo de quem as declara, sendo, no âmbito do direito do consumidor, em sua grande maioria, o próprio consumidor que ingressa com a ação em busca de garantir a proteção dos seus direitos.

Para a aplicação da responsabilização civil dos fornecedores, é necessária a comprovação de dois elementos, o dano e o nexo, devendo constituir provas acerca desses fundamentos, buscando comprovar a matéria que está em conflito. No direito do consumidor, por adotar a responsabilização objetiva, o consumidor não necessita comprovar a culpa ou dolo do autor ou os demais envolvidos com a conduta.

A inversão do ônus da prova é a possibilidade de uma garantia processual de defesa, motivada pela dificuldade de comprovação de elementos fáticos por parte do consumidor, afinal o fornecedor como responsável pelo objeto do contrato possui conhecimento mais amplo e adequado. Não se pode esquecer que é fundamental para a produção de defesa, em um processo judicial, a viabilização de recursos informacionais, técnicos e pecuniárias, visando à garantia de seus direitos e a certificação das suas alegações. (MIRAGEM, 2016)

Entretanto, existe a possibilidade da estipulação da inversão do ônus da prova, transferindo esse dever ao outro polo da relação, que seria configurado pelo fornecedor. Por não ser o modelo padrão, a sua definição é *Ope Judicis*, ou seja, definida pelo juiz, dependendo dos critérios estipulados pelo mesmo, após uma análise do caso concreto, quando ocorrer a verossimilhança das alegações ou quando o indivíduo for considerado hipossuficiente. Esse padrão de aplicação do ônus da prova está previsto no art.6º, VIII do CDC.

Ademais, o ordenamento jurídico permitiu a possibilidade de inversão legal (*Ope Legis*), ou seja, em situações previstas na legislação, essa transferência de ônus probatório ocorre automaticamente, não exigindo uma observação de critérios por parte dos juízes. Isso ocorre nas alegações prevendo violações em publicidades, conforme art. 38 do CDC, por se entender que as empresas criadoras e disseminadoras das ofertas publicitárias possuem melhores condições, em detrimento do consumidor, para contestar os fatos impugnados em uma ação processual.

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

A prática da publicidade é regulada com base em princípios específicos, principalmente o da informação, que detém uma posição de destaque, de um modo geral, nas relações de consumo e vinculação da oferta, estando previsto na legislação que a mesma deve ocorrer de forma propícia ao alvo das ações publicitárias. Afinal, conforme é definido por Ricardo Leite:

(...) pois a publicidade é uma técnica de incremento da informação para estimular a aquisição de produtos ou serviços pelos consumidores. O privilégio da detenção dessa informação atribui ao fornecedor o ônus de comprovar a adequação e a correção da publicidade que veiculou. (2016, p.8)

Não se possui uma definição exata acerca do momento processual em que o instrumento de inversão probatória seria designado. O autor Bruno Miragem (2016) defende que pode acontecer em três fases do processo. A primeira seria durante a própria citação do réu, sendo esse informando sobre a decisão de transferência; o segundo, seria por meio de um despacho judicial emitido durante a audiência de saneamento, definindo os elementos de prova; e, por último, no momento da sentença, utilizando-se da inversão do ônus como critério de julgamento para o proferimento da decisão.

Em casos de violação aos consumidores, pela realização de publicidade enganosa e abusiva, é possível a responsabilização do contratado no âmbito civil, com base no art. 37 do CDC. Como consequência, existe a possibilidade da imposição de diversas medidas aos fornecedores ou, até mesmo, a todos os envolvidos na cadeia de consumo, pela responsabilização solidária, dependendo da análise do caso concreto, a extensão dos seus danos.

Em decorrência da prática abusiva de publicidade (enganosa e abusiva) pode ser aplicada a condenação ao pagamento de indenizações por danos morais e materiais, aplicando um montante justo e equivalente aos danos sofridos; a suspensão da publicidade de todos os meios que estão sendo propagados e também a realização de contrapropaganda, positivada no art. 60, parágrafo 1º do Código de Direito do Consumidor.

Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

A contrapropaganda consiste na realização de uma nova mensagem publicitária, corrigindo o conteúdo veiculado anteriormente e sancionado, buscando reduzir e anular os prejuízos decorrentes da publicidade enganosa, sendo esse instituto uma modalidade de sanção administrativa. Os ônus decorrentes do ato em análise devem ser custeados pelo infrator da conduta, sendo esse o responsável pela sua produção e divulgação em termos similares ao da publicidade referida. O conteúdo da nova mensagem publicitária deverá possuir o mesmo período de divulgação, ser transmitida no mesmo local, horário e com a mesma frequência.

(...) em tese, a forma, a frequência e a dimensão devem ser invariavelmente idênticas à peça publicitária sancionada, ao passo que o veículo, o local, o espaço e o horário poderiam diferir, contanto que fosse dada preferência à simetria desses parâmetros. (BARIFOUSE, 2018, P.118)

Contudo, o legislador ao dispor que a contrapropaganda deve atuar “de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.”, abre uma margem acerca da forma em que a mesma deve ser realizada, pois nem sempre a divulgação nos mesmos padrões da mensagem sancionada possui o melhor alcance, a fim de proteger e desfazer o erro provocado ao consumidor. Então, todos os critérios de realização e padrão estrutural, definidos por lei, estão retidos em detrimento da busca pela publicidade mais eficaz. (BARIFOUSE, 2018)

#### 4.4 UM NOVO DESAFIO PARA O DIREITO DO CONSUMIDOR: NOVAS PERSPECTIVAS DE PUBLICIDADE

Com o surgimento da era de informação e do desenvolvimento tecnológico, passou a ocorrer a difusão de informações de forma mais rápida, tendo o consumidor acesso a uma quantidade elevada de dados, principalmente desencadeada pelas plataformas digitais, utilizando-se das redes sociais para atingir o público alvo.

Desse modo, as empresas passaram a se utilizar de novos modelos de publicidade e estratégias para divulgar e propagar ofertas de consumo, surgindo, com isso, um grande desafio para a proteção do consumidor, pois essas práticas passaram a acontecer de forma desenfreada e sem uma regulação específica. Em certas situações o próprio consumidor não consegue identificar a publicidade e a sua real intenção, estando essa mascarada, infringindo os parâmetros estabelecidos por lei, incitando o consumo.

A publicidade subliminar consiste na divulgação de mensagens que atinjam o subconsciente do indivíduo, influenciando o comportamento do consumidor, atingindo a sua autonomia de vontade e a capacidade de escolha, pois acaba o induzindo de forma indireta acerca da oferta vinculada. Conforme é definido por Cezar Franco et al. “(...) Sabe-se que este tipo de estratégia de publicidade influencia significativamente nas escolhas e decisões dos indivíduos, atuando diretamente sobre o elemento essencial da validade nos negócios jurídicos: a real vontade, livre e consciente”. (2018, p.2)

A utilização desse tipo de prática não é permitida no ordenamento jurídico brasileiro, pois se configura em *dolus bônus*, pela intenção do fornecedor em manipular as decisões dos consumidores, infringindo preceitos e direitos essenciais a sua proteção, violando princípios como o da boa-fé, informação, entre outros.

A realização da prática subliminar expõe o consumidor a uma situação de risco, porém por se estabelecer por meios de mensagens propagadas de forma “oculta”, a comprovação da real intenção da mesma se torna mais difícil. Entretanto, essa conduta não é tipificada no CDC, por se entender que se trata de uma matéria genérica. (FRANCO et al., 2018)

Todos os tipos de publicidade devem se enquadrar entre os princípios estabelecidos como parâmetros para a sua atuação e os artigos gerais sobre publicidade, podendo utilizá-los nos casos de violação, assim como o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, sendo o único instrumento que possui uma alusão mais específica sobre o assunto.

Artigo 29 Este Código não se ocupa da chamada “propaganda subliminar”, por não se tratar de técnica comprovada, jamais detectada de forma juridicamente incontestada. São condenadas, no entanto, quaisquer tentativas destinadas a produzir efeitos “subliminares” em publicidade ou propaganda.

A publicidade subliminar dolosa é considerada uma prática abusiva, podendo aplicar o modelo de reparação usado nas situações de publicidade enganosa ou abusiva, por meio de atuação do CONAR ou o Judiciário.

A utilização de comerciais antes ou durante a visualização de um vídeo na plataforma do *Youtube* se tornou uma prática comum e corriqueira. Recentemente, contudo, uma publicidade em questão chamou bastante atenção da sociedade. Foi o comercial divulgado pela empresa Empiricus Research, na qual Bettina Rudolph, de 22 anos, afirmava que em três anos, após começar a investir com um capital de R\$ 1.500,00 (Um mil e quinhentos reais), tinha acumulado um patrimônio de mais de um milhão de reais, gerando uma grande comoção

pelo valor elevado divulgada pela empresa e o questionamento acerca da veracidade das informações.

Sendo aberta pelo CONAR uma recomendação, que desencadeou no julgamento realizado pela 6ª Câmara do Conselho de Ética, resultando na emissão de uma manifestação de “sustação agravada por advertência ao anunciante”, decida por unanimidade. Pois se entendeu que as informações divulgadas no anúncio possuía um caráter duvidoso, ocasionando uma confusão aos consumidores, não sendo comprovado o conteúdo impugnado, configurando uma conduta de publicidade enganosa.

O *Youtube* se tornou um grande espaço de divulgação publicitária, estando relacionado ao seu grande número de usuários, surgindo uma nova perspectiva de publicidade utilizada atualmente, direcionada a atingir o público infantil, utilizando-se de youtubers mirins para promover um produto ou serviço, durante os vídeos publicados em seu canal vinculado ao site, tendo como público alvo as crianças que seguem e acompanham esses vídeos, números cada vez mais elevados, aproveitando-se da vulnerabilidade desses indivíduos.

Nos últimos anos, contudo, desenvolveu-se uma abordagem publicitária específica para se falar com o consumidor infantil, mesmo que de forma subliminar, buscando impingir-lhe produtos e serviços, aproveitando-se de sua deficiência de julgamento e desenvolvimento intelectual incompleto. (JUNIOR; VERBICARO, 2017, p.2)

As atuações dos órgãos de repressão, nos casos de publicidade infantil, acabam sendo insuficientes, pois apesar do CONAR agir com a intenção de proteger os interesses dos consumidores e os profissionais responsáveis pela divulgação publicitária, em grande parte de suas decisões acaba indo de encontro aos interesses do consumidor, ao definir que a família é a responsável por controlar os desejos de consumo das crianças. (JUNIOR e VERBICARO, 2017)

A criança possui uma fragilidade maior decorrente da sua deficiência de julgamento, inexperiência e condição de pessoa em desenvolvimento, razão pela qual a Constituição Federal instituiu o princípio geral da propriedade de proteção à criança em seu art. 277. E o Código do Consumidor observa esse princípio constitucional ao estatuir, em seu art. 37, §2º, que toda publicidade que se aproveite dessa condição de hipervulnerável do infante será considerada abusiva. (CANTO, 2015, p.71)

Surge um grande questionamento sobre quem seria o responsável por possíveis publicidades enganosas propagadas por youtubers mirins, que são crianças e, em muitas

situações, não entendem a extensão que pode se tornar a sua conduta, razão pela qual os pais podem ser responsabilizados de forma solidária por esse ato.

Esse desenvolvimento da sociedade e das plataformas digitais impulsionou essa propagação de novas perspectivas de publicidade como mecanismos para atingir e estimular seu público alvo em relação à oferta de mercado. Isso decorreu da necessidade dos empresários de se atualizarem dos novos conteúdos utilizados pela população, como as mídias sociais.

As empresas de e-commerce são uma das principais usuárias desses modelos de publicidade, por se tratar de uma divulgação virtual e informatizada, assim como o serviço prestado pela empresa e a facilidade em que as mesmas atingem o consumidor.

Entretanto, por se abordar um conteúdo atual, existe uma insuficiência legislativa acerca dessas novas formas de relação de consumo, principalmente envolvendo a vinculação eletrônica, necessitando que normas de tutela do consumidor aplicada às empresas de e-commerce sejam atualizadas e reforçadas.

Essas regras visam ampliar o limite de proteção do consumidor, refletindo em uma maior segurança jurídica, reprimindo condutas desenfreadas, como forma de protegê-lo de possíveis riscos e vícios, cada vez mais incidentes na sociedade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho foi analisar as formas de responsabilização das empresas de e-commerce pela realização da conduta nos contratos eletrônicos, configurada como publicidade enganosa e abusiva, através de um levantamento bibliográfico e legislativo, em decorrência da atual incidência desse modelo de contratação, combinado com a realização de condutas publicitárias.

Através de uma análise específica sobre os contratos eletrônicos e as suas particularidades, destacando a sua incidência na sociedade moderna, impulsionado pela massificação do mercado e desenvolvimento tecnológicos, assumindo um papel de destaque na sociedade.

Foi demonstrado que fatores como a extraterritorialidade, a despersonalização e a desmaterialização influenciam no aumento da exposição do consumidor a situações de vulnerabilidade, tornando-o mais sensível a possíveis riscos e violações.

Apesar de retratar e demonstra no trabalho a regulamentação específica pertinentes as relações firmadas no âmbito eletrônico, como a lei do Marco Civil da Internet, ainda é perceptível a insuficiência legislativa, decorrente da ausência de disposições específicas sobre pontos recorrentes nesse meio de contratação virtual, tornando o consumidor cada vez mais desamparado, necessitando da atualização das normas consumeristas, como forma de proteger e tornar o consumidor menos vulnerável.

Além de retratar a importância do instrumento publicitário, como forma de se destacar no mercado atual, ocasionado principalmente pelo aumento da concorrência, utilizando-se desses artifícios como forma de incitar o desejo nos consumidores, retratando os parâmetros estabelecidos na legislação, que definem a forma em que esse instrumento poderá ser formulado, como método de proteção do consumidor, positivando princípios como o da vinculação da oferta.

Essa limitação estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor definiu como as condutas ilícitas e as práticas vedadas à realização de publicidade enganosa e abusiva, devendo ser proibida e fiscalizada em todos os meios de propagação de oferta, para que o fornecedor não se beneficie através da divulgação de conteúdos prejudiciais ao consumidor.

Foi mostrado que é cabível instrumento da responsabilização civil aos fornecedores pela realização de prática abusiva, por meio do modelo misto, podendo ser aplicado pelo Judiciário ou através de medidas extrajudiciais (CONAR).

Realizamos uma análise da responsabilização civil e a forma em que o CDC retrata esse modelo reparatório, sendo em regra objetiva e solidária, com fundamento na teoria do risco da atividade e de possibilitar aos consumidores uma maior facilidade em garantir a proteção de seus direitos e preservar o equilíbrio contratual.

Destacou-se o instrumento de inversão do ônus da prova, que equilibra o jogo processual, em razão da hipossuficiência do consumidor para elucidar os questionamentos presentes na ação, sendo automático nos casos de alegações de infrações publicitárias.

Ademais, foi necessário explorar os novos modelos publicitários utilizados pelas empresas, inclusive as de e-commerce, para a propagação de ofertas na atualidade, valendo-se de instrumentos eletrônicos. Destacou-se a necessidade de normas legais atualizadas para a regulamentação dessas práticas e o estabelecimento de limites e parâmetros para que a sua atuação não infrinja os direitos dos consumidores.

Realizando uma relação entre esse modelo de responsabilização, adotado no ordenamento jurídico brasileiro, e o princípio da confiança, que é requisito indispensável às relações de consumo, destacando, com isso, que essa forma de responsabilização acaba não estimulando a confiança nos consumidores.

Desse modo, a presente monografia realizou uma análise sobre as possibilidades de responsabilização civil, aplicada aos fornecedores por violações nas relações de consumo, utilizando os meios previstos no Código de Defesa do Consumidor, principalmente no tocante a publicidade enganosa e abusiva, como forma de proteger suas garantias fundamentais; destacou-se a necessidade de criação de legislações atuais e específicas, com objetivo de solucionar a lacuna presente no ordenamento atual.

## REFERÊNCIAS

BARIFOUSE, Leonardo. **O controle jurídico da publicidade na trincheira do consumismo**. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 116. Ano 27. p. 95-125. São Paulo: RT, 2018.

BENJAMIN, A. Herman. **O direito do consumidor**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 670, p. 50, ago.1991.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e In.: Ada Pellegrini Grinover [et al] In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BESSA, Leonardo Roscoe, MOURA, Walter José Faiad de. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília : Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.

BORGES, Gabriela Muller. **Contratos no comércio eletrônico e a proteção do consumidor no século XXI: Responsabilidade Civil no E-Commerce e a vulnerabilidade do consumidor**. Monografia (conclusão de curso)- Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1998. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 mar. 2019

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 3.514, de 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Recurso Civil n. 71003531662. RS, Relator: Fabio Vieira Heerdt, Data de Julgamento: 31/05/2012, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: 06/06/2012.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Recurso Civil n. 71005797311. RS, Relator: Mara Lúcia Coccaro Martins Facchini, Data de Julgamento: 31/03/2016, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: 08/04/2016.

CANTO, Rodrigo Eidelvein do. **A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico: a reconstrução do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CAUDURO, Luiza Kremer; PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. **Sistemas de autorregulamentação da publicidade**: um quadro comparativo entre países. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 35, vol. esp., p. 207- 230, dez. 2016.

CONAR. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária Código e Anexos, 1978.

FRANCO, Cezar Augusto de Oliveira et al. **A proteção do consumidor contra as mensagens subliminares dolosas**. Revista de Direito do Consumidor | vol. 116/2018 | p. 433 - 455 | Mar - Abr / 2018

G1. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2019/05/22/conar-adverte-empiricus-e-pede-suspensao-de-propagandas.ghtml>Acesso em: 24 de maio de 2019.

JUNIOR, Antonio Morais da Silveira; VERBICARO, Dennis. **A tutela normativa da publicidade infantil na relação de consumo e seus desafios**. Revista de Direito do Consumidor | vol. 112/2017 | p. 201 - 226 | Jul - Ago / 2017

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **A regulamentação do uso da internet no Brasil pela Lei nº 12.965/2014 e a proteção dos dados e dos registros pessoais**. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 41, n. 2, p. 126-153, jul.-dez. 2015

LEITE, Ricardo Rocha. **A diversidade do ônus da prova no CDC**. Revista de Direito do Consumidor | vol. 105/2016 | p. 343 - 370 | Maio - Jun / 2016

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**/Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. 5 ed. Ver. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato**: por um direito do consumidor aprofundado. Revista de Direito do Consumidor | vol. 57/2006 | p. 9 - 59 | Jan - Mar / 2006

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet**. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva. 2014

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil anotado**. 2ed. São Paulo: RT, 2003.

ROCHA, Roberto da Silva. **Natureza jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação no comércio eletrônico.** Revista de Direito do Consumidor | vol. 61/2007 | p. 230 - 269 | Jan - Mar / 2007

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor.** 6ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro.** Brasília: Revista de Informação Legislativa.a. 39 n. 155 jul./set. 2002

VIAL, Sophia Martini. **A Sociedade da (Des)informação e os Contratos de Comércio Eletrônico: Do Código Civil às Atualizações do Código de Defesa do Consumidor, Um Necessário Diálogo Entre Fontes.** Revista do Direito do Consumidor. Vol.88. São Paulo: RT, 2013.

VIAL, Sophia Martini. **Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências.** Revista de Direito do Consumidor | vol. 80/2011 | p. 277 - 334 | Out - Dez / 2011

VIEGAS, Cláudia, CASTRO, Marcela. **A responsabilidade civil no comércio B2C (business toconsumer).** Revista de Direito Empresarial | vol. 18/2016 | p. 99 - 119 | Set / 2016