

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARIA EDUARDA PIACENTINI SILVESTRE

**O EFEITO VINCULANTE DA OFERTA NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR: QUESTÕES PRÁTICAS NAS RELAÇÕES DE
CONSUMO**

Florianópolis

2016

MARIA EDUARDA PIACENTINI SILVESTRE

**O EFEITO VINCULANTE DA OFERTA NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR: QUESTÕES PRÁTICAS NAS RELAÇÕES DE
CONSUMO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Professor Doutor Guilherme Henrique Lima Reinig.

Florianópolis
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO


TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “O Efeito Vinculante da Oferta no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor: questões práticas nas relações de consumo”, elaborado pela acadêmica **Maria Eduarda Piacentini Silvestre**, defendido em 07/12/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 100 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 07 de dezembro de 2016.



Guilherme Henrique Lima Reinig
Professor Orientador



Carolina Medeiros Bahia
Membro de Banca



Mikhail Vieira Cancellier de Olivo
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Maria Eduarda Piacentini Silvestre
RG: 4586434
CPF: 091.808.809-75
Matrícula: 12205501
Título do TCC: "O Efeito Vinculante da Oferta no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor: questões práticas nas relações de consumo"
Orientador: Guilherme Henrique Lima Reinig.

Eu, Maria Eduarda Piacentini Silvestre, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 07 de dezembro de 2016.



Maria Eduarda Piacentini Silvestre

AGRADECIMENTOS

A Deus.

À minha família e, especialmente, aos meus pais, César e Solange, e ao meu irmão, Henrique, pela fonte de inesgotável amor e confiança. Sem eles eu não teria chegado onde cheguei.

A Maurício Guimarães Reynaldo, pelo amor, companheirismo e compreensão das horas difíceis.

Às minhas amigas de infância e adolescência, que sempre apoiaram as minhas decisões ao longo da vida e me ensinaram o valor da verdadeira amizade.

Aos amigos que fiz ao longo do curso de direito e que também serão meus colegas de profissão. Agradeço por tornarem os anos da faculdade mais especiais em minha vida, com cada demonstração de afeto e carinho.

Ao meu professor-orientador, Guilherme Henrique Lima Reinig, pela disponibilidade e assistência na elaboração deste trabalho.

“Só se vê bem com o coração, o essencial é invisível aos olhos.”

(Antoine de Saint-Exupéry)

RESUMO

Este trabalho visa à análise do efeito vinculante da oferta, primeiramente no âmbito do Código Civil, em que há regras específicas quanto à proposta feita entre pessoas presentes e entre ausentes, e à oferta ao público, que é dirigida a um número indeterminado de pessoas. Em um segundo momento, passa-se à discussão acerca do mesmo instituto no campo das relações de consumo, que demandaram novo tratamento, estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor. Neste, entende-se o efeito vinculante da proposta como verdadeiro princípio que rege as relações desiguais entre fornecedor e consumidor, visando à garantia dos direitos deste. No terceiro capítulo, a discussão se volta ao efeito vinculante da oferta aplicado em casos práticos, que ganham repercussão na doutrina e na jurisprudência. Assim, são analisados os argumentos e as soluções conferidas aos casos concretos, como a postura do consumidor diante da recusa do cumprimento da oferta, a responsabilidade civil que decorre do efeito vinculante, o equívoco no anúncio e, por fim, o alcance do princípio da vinculação da oferta nos casos de utilização da técnica de exagero publicitário (*puffing*).

Palavras-chave: Princípio da vinculação da oferta. Proposta. Aceitação. Oferta ao público. Relações de consumo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. PROPOSTA E ACEITAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL	12
1.1 Aspectos introdutórios sobre a formação do contrato.....	12
1.2 Manifestação da vontade	15
1.2.1 Manifestação expressa da vontade	1616
1.2.2 Manifestação tácita da vontade	16
1.3 Negociações preliminares e responsabilidade pré-contratual	18
1.4 O efeito vinculante da proposta	21
1.4.1 Proposta sem força obrigatória.....	23
1.4.2 Proposta entre presentes e entre ausentes.....	24
1.4.3 Oferta ao público	26
1.4.4 Autonomia da proposta	29
1.4.5 Aceitação tardia e não expressa	29
1.4.6 Contraproposta	31
1.4.7 Retratação da aceitação	32
1.5 Momento e lugar de formação do contrato	33
2. OFERTA AO PÚBLICO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	36
2.1 Formação dos contratos em massa e despersonalização das relações de consumo	36
2.2 Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor à tutela pelo CDC	41
2.3. Princípio da boa-fé e do equilíbrio nas relações consumeristas	4343
2.4. A tutela da informação e seu reconhecimento como direito fundamental do consumidor	45
2.5. Oferta e publicidade	48
2.5.1 Diferenciação entre publicidade e propaganda	50
2.5.2. Destinatários da mensagem publicitária.....	51
2.5.3 A autorregulamentação publicitária	52

2.6	Principiologia frente ao fenômeno publicitário	53
2.6.1	Princípio da identificação da mensagem publicitária.....	53
2.6.2	Princípios da veracidade e da transparência da fundamentação	56
2.6.3	Princípio da correção do desvio publicitário.....	57
2.7	O princípio da vinculação da oferta no CDC e seus pressupostos.....	59
2.7.1	A irretratabilidade da oferta	63
3.	QUESTÕES PRÁTICAS DO EFEITO VINCULANTE	6565
3.1	Postura do consumidor ante a recusa no cumprimento da oferta	65
3.2	Responsabilidade civil decorrente do princípio da vinculação no Código de Defesa do Consumidor.....	69
3.2.1	Os sujeitos responsáveis.....	71
3.3	Equívoco no anúncio	77
3.4	A abrangência do efeito vinculante no <i>puffing</i> publicitário.....	83
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	88
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	91

INTRODUÇÃO

A ideia de contrato sofreu diversas transformações e influências até sua concepção moderna, que pressupõe a relação estabelecida entre duas partes que acordam livre e espontaneamente de forma a criar obrigações. Pode-se dizer, dessa forma, que a noção de contrato está ligada intimamente à de operação econômica, pois que funciona como mola propulsora das relações econômicas típicas da sociedade capitalista.

No contexto de tais transações, a formação do contrato passa a ter grande relevância na medida em que pressupõe uma sequência de comportamentos humanos, com etapas sucessivas, a fim de que as partes cheguem finalmente a um consenso que compatibilize seus respectivos interesses. Nesse sentido, o consentimento passa a exercer papel central para a constituição do contrato, já que exige a compatibilização de duas vontades, opostas e independentes, que partem de indivíduos diferentes.

Assim, considerando a relevância do consentimento para a formação do contrato, ressalta-se a importância da autonomia privada nas relações econômicas para assegurar às partes liberdade para negociar e estipular seus contratos de acordo com seus próprios interesses. Sua concepção clássica previa o contrato como instrumento de excelência nas operações comerciais, de forma que refletisse a liberdade e a igualdade de posições daqueles que se sujeitam à celebração do contrato.

A fase pré-contratual, constituída pelas etapas de negociações preliminares, proposta e aceitação, adquire papel importante na disciplina dos contratos, vez que demanda efetivas normas que regulem a atividade dos contratantes. Nesse sentido, a proposta pode ser destinada tanto a uma pessoa especificamente, quanto a um número indeterminado de indivíduos, quando é chamada de oferta ao público. O Código Civil, de forma a regular a disciplina conferida à formação dos contratos, dispôs o tratamento nos arts. 427 e 435.

Nesse íterim, uma das características da proposta, a qual foi objeto de estudo neste trabalho, é o seu efeito vinculante – isto é, a vinculação do proponente, ao emitir a sua declaração da vontade de contratar, aos termos da proposta destinada a um indivíduo especificamente ou ao público em geral. Tal efeito está restrito à fase em que há efetivamente a proposta de contrato, ou seja, não incide quando as partes estão discutindo sobre as cláusulas de eventual contrato a ser firmado (fase das negociações preliminares).

No entanto, outras circunstâncias fizeram com que a concepção clássica de contrato não mais correspondesse à realidade atual das transações comerciais. Desde a Primeira

Revolução Industrial, a capacidade produtiva do homem aumentou exponencialmente: constituiu-se uma forma de produção massificada, marcada pela complexidade e extensividade, com a utilização de novas tecnologias, de forma a garantir um público consumidor cada vez mais apto a contratar.

Nesse contexto das relações de consumo, marcada pela característica da despersonalização do vínculo fornecedor-consumidor, a oferta ao público de produtos ou serviços ganha novos contornos. Dessa forma, o CDC concedeu novo tratamento à oferta ao público, diverso daquele instituído pelo CC, em vista da reconhecida vulnerabilidade fática, técnica, informacional e jurídica do consumidor.

Dessarte, o estudo se concentrou no efeito vinculante da oferta e suas particularidades nas relações de consumo em face da disciplina dos contratos no CC, principalmente no que concerne aos seus aspectos práticos.

No primeiro capítulo, preliminarmente foram abordados aspectos que introduzem a disciplina da formação do contrato previsto no CC, bem como a importância da manifestação de vontade como pressuposto à constituição do contrato e por quais maneiras pode ser exteriorizada. Após, foi estudada a etapa das negociações preliminares e a possibilidade de constituição do dever de reparar, mesmo que ainda não tenha havido o contrato, caso ocorra o rompimento das tratativas.

Finalmente, adentrou-se no estudo do efeito vinculante da proposta – de que forma é previsto no Código Civil, quais são seus pressupostos, os casos em que a sua força obrigatória é retirada, de que maneira se dá quando o contrato é feito entre presentes e entre ausentes, e quando é direcionada a um número indeterminado de pessoas (oferta ao público). Além disso, analisou-se o caso da aceitação tardia e a sua possibilidade de retratação prevista pelo CC. Por fim, foi abordado o aspecto referente ao lugar onde é considerada a celebração do contrato bem como as teorias sobre o momento em que é formado.

Embora a disciplina dos contratos eletrônicos seja importante no tocante ao estudo da formação dos contratos, o trabalho se concentrou na comparação do aspecto vinculante da oferta na disciplina do CC e do CDC, a fim de abordar as questões práticas nas relações que envolvem o consumidor.

No segundo capítulo, passou-se a tratar sobre a disciplina da oferta ao público nas relações de consumo, cujo tratamento é feito pelo Código de Defesa do Consumidor. Primeiramente houve uma breve explanação sobre a existência dos contratos em massa e a despersonalização das relações entre fornecedor e consumidor e, em decorrência disso, o reconhecimento da posição de vulnerabilidade deste nas relações de consumo. Destacou-se

também os princípios da boa-fé e do equilíbrio que devem reger todas as relações de consumo, principalmente em vista da garantia dos direitos do consumidor, e o dever anexo de informação como direito fundamental deste, já que a sua inobservância é um dos fatores pelos quais a relação de consumo consiste em um abismo entre fornecedor e consumidor.

Após, explorou-se a disciplina da oferta ao público, a qual, no âmbito das relações de consumo, pode se dar por meio de publicidade ou de mera apresentação de produtos ou serviços pelo fornecedor. A publicidade, por ser técnica de divulgação típica das relações de consumo, ganhou especial atenção nesse trabalho – foram analisados o controle feito por meio de autorregulamentação privada, os princípios a serem observados na prática publicitária, seus destinatários e o princípio da vinculação previsto no CDC. Além disso, discutiu-se sobre possibilidade ou não de retratação da oferta de consumo, em contraposição ao previsto no CC.

No terceiro capítulo, finalmente, foram analisadas questões com relevância prática sobre o efeito vinculante da oferta nas relações de consumo, com amparo na jurisprudência. Inicialmente, foram tratadas das opções concedidas ao consumidor pelo CDC perante a recusa no cumprimento da oferta por parte do fornecedor – estabelecidas nos incisos do art. 35 –, e a possibilidade expressa da execução específica dos termos da oferta. Após, explicou-se sobre a responsabilidade civil decorrente do princípio da vinculação, principalmente no que tange à possibilidade da atribuição do dever de reparar às agências de publicidade, aos veículos de comunicação e às celebridades que participam de campanha publicitária para divulgação de produtos e serviços.

Na sequência, analisou-se a possibilidade de afastamento do princípio da vinculação em caso de equívoco do anúncio – quando a divulgação equivocada veiculada pelo fornecedor chega até o consumidor. Por fim, foi objeto de estudo também a extensão da incidência do efeito vinculante da oferta em caso de *puffing*, que é a técnica de exagero publicitário, admitida pelo direito do consumidor mesmo que confronte o princípio da veracidade da mensagem publicitária.

1. PROPOSTA E ACEITAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL

1.1 Aspectos introdutórios sobre a formação do contrato

O homem, quando usa de sua vontade para a geração de efeitos jurídicos, age de forma a constituir um negócio jurídico (VENOSA, 2012, p. 357). Nesse sentido, o contrato é um tipo de negócio jurídico que se diferencia, em sua formação, por precisar da presença de pelo menos duas partes – é, em suma, um negócio jurídico bilateral. Pode-se dizer que é o contrato um conceito derivado do de negócio jurídico (GOMES, 2008, p. 4), no entanto, teve sua origem anteriormente a este.

Quando se fala em contrato, necessariamente se remete à ideia de operação econômica, porém com enfoque muito maior à sua formalização jurídica. Esta consiste, dessa forma, na veste exterior da operação econômica, de forma que as normas, decisões judiciais e doutrinas conferem ao fenômeno do contrato autonomia própria (ROPPO, 2009, p. 8-9).

A construção da categoria do negócio jurídico, realizada pela escola da Pandectística através da utilização dos textos de direito romano, fez criar um conceito capaz de abarcar vários fenômenos que não eram abrangidos pela noção mais restrita de contrato. Tal elaboração foi primeiramente presente na codificação alemã de direito privado de 1896, em que se atribuiu o contrato como subespécie à categoria geral de negócio jurídico (ROPPO, 2009, p. 47-48).

Tal é a influência deste entendimento hoje que, mesmo que o Código Civil brasileiro de 2002 tenha normas que tratam especificamente dos contratos, as originais de direito contratual são aquelas também dos negócios jurídicos, dispostas na sua parte geral (VENOSA, 2012, p. 357).

Ainda no Direito Romano, o sistema contratual já era conhecido e sofreu diversas alterações. Em análise da evolução do direito clássico ao justiniano, é possível visualizar o alargamento, ainda que progressivo, da eficácia de criar obrigações dos acordos de vontade (ALVES, 2016, p. 452).

Numa primeira fase do direito clássico, somente alguns contratos eram reconhecidos pelos juristas romanos. O acordo de vontades não era capaz de criar obrigações, vez que somente as gerava o cumprimento pelas partes de formalidades ou da entrega da coisa – isto é, o elemento objetivo, ao invés do subjetivo (acordo de vontades) era pressuposto de existência de um *contractus*. O simples acordo de vontades (*pactum*), diferentemente da noção de contrato, não criava obrigação (ALVES, 2016, p. 452).

Mais tarde, ainda no período clássico, tal rigidez à configuração do contrato foi atenuada – introduziu-se a noção de contratos consensuais, que fazem nascer obrigação apenas com o consentimento das partes. Além disso, passou-se a entender que alguns pactos, ainda que não sejam albergados pela categoria dos contratos, geram obrigações. No período pós-clássico, ainda, acrescentou-se a noção de contrato inominado, cuja execução da prestação de um dos contratantes faz gerar a obrigação do outro de efetuar a sua contraprestação (ALVES, 2016, p. 452).

Já no direito justiniano, a ideia dos juristas clássicos é completamente alterada: passou-se a entender que a obrigação decorre justamente de seu elemento subjetivo, ou seja, do acordo de vontades. Assim, os tipos de contratos passaram a ser entendidos com menor rigor, haja vista a saída de cena, como elemento preponderante do contrato, do seu aspecto formal (ALVES, 2016, p. 453).

Mesmo assim, com o avanço da história à Idade Média, a necessidade de forma escrita passa a ter predominância, e a interferência da Igreja e dos estudos de direito romano levam à obrigatoriedade do contrato (VENOSA, 2012, p. 361).

A concepção mais moderna de contrato como um acordo de vontades em que as partes constituem uma relação jurídica pode ser vista consoante a ideologia individualista dominante na época em que surgiu e do processo econômico que levou a assentar o capitalismo (GOMES, 2008, p. 7).

Tanto no plano político, quanto no econômico e social, a concepção de contrato passou a se encaixar no modelo de consenso e da vontade como fonte de efeitos jurídicos. O pressuposto da igualdade de todos perante a lei e da generalização das relações de troca permitiram que fosse considerado instrumento jurídico por excelência do plano econômico, incapaz de tratar de forma diferente quaisquer das partes contratantes, independentemente de sua posição ou condição social (GOMES, 2008, p. 7).

Tal forma clássica de tratar o contrato pressupõe a relação estabelecida entre duas partes que contratam por espontânea vontade e em igualdade de posições – relação esta típica do tratamento conferido pelo Código Civil (VENOSA, 2012, p. 362).

Nesse sentido, a ideia de formação do contrato trazida pelo Código traz à tona a noção de duas partes que, ao disporem sobre um objeto a ser contratado, discutem todas as nuances e cláusulas da transação, até, finalmente, alcançarem a conclusão do contrato.

O consentimento é pressuposto da constituição do contrato quando da análise dos elementos que o integram. Diferentemente dos demais negócios jurídicos bilaterais, as vontades que compõem o contrato correspondem a interesses opostos e formam declarações

de vontade independentes. Somente com a comunicação das partes, de forma à integralização de duas vontades contrapostas, é que será possível a formação do consentimento e, conseqüentemente, do contrato (GOMES, 2008, p. 56).

O contrato se firmou de modo a assegurar à vontade do homem a capacidade de constituir direitos e obrigações. A teoria da autonomia da vontade humana, explorada por enciclopedistas, filósofos e juristas, ainda antes da Revolução Francesa, afirmava a obrigatoriedade das convenções como se lei fossem. A liberdade contratual, inclusive, chegou ao seu ápice com a Revolução Industrial (RIZZARDO, 2010, p. 9).

A autonomia privada, que vem a substituir a noção do princípio da autonomia da vontade apresentada em 1912 por Gounot, corresponde à liberdade que os contratantes possuem de regular, mediante contratos ou negócios jurídicos unilaterais, os seus interesses, quando possíveis, especialmente no que concerne à produção e comercialização de produtos e serviços (NORONHA, 1994, p. 115-116).

Apesar da ampla liberdade conferida aos contratantes, o princípio da autonomia da vontade suscitou questionamentos quando da organização do proletariado no final do século XIX, ocasionando na volta das atenções da doutrina aos problemas do voluntarismo típico do modelo liberal. O trabalhador, na busca de emprego, não possuía liberdade para contratar, já que o trabalho era condição de sobrevivência em vista da falta de alternativas disponíveis no mercado de trabalho, tampouco de escolher com quem contratar ou, ainda, para negociar as condições instituídas pelo empregador (COELHO, 2010, p. 23).

Em vista disso, a autonomia da vontade, cuja concepção no modelo liberal aduz que o contrato faz lei entre as partes, foi sujeita a diversas limitações – em um primeiro momento nas relações trabalhistas e, de forma subsequente, no século XX, naquelas em que a figura do consumidor se faz presente (COELHO, 2010, p. 24).

Tais restrições trataram de estabelecer o equilíbrio entre as condições jurídicas daqueles que formam o contrato em desigualdade de posições (COELHO, 2010, p. 25). Ampliaram-se as leis de ordem pública para proteger os considerados mais fracos da sociedade na formação dos contratos – exemplos disto foram a criação do direito do trabalho, de legislação que favorece o inquilino nas relações locatícias e do próprio Código de Defesa do Consumidor (RIZZARDO, 2010, p. 10).

Assim, é o princípio que assegura a possibilidade de criação de direitos e deveres pela vontade do homem, garantindo o consensualismo como pressuposto à formação do contrato, sustentando a obrigatoriedade dos acordos. Todavia, está este princípio submetido a

limitações asseguradas por regras e princípios, a fim de que o equilíbrio contratual entre partes desiguais seja da melhor maneira possível alcançado.

Embora a formação do contrato implique, por assim dizer, da integração de duas ou mais vontades opostas e independentes, de forma que as partes possam contratar de forma livre e ampla, o modelo reliberalizante volta nossas atenções aos casos em que não estão os contratantes em posições iguais, sendo imprescindível a aplicação de regime jurídico diverso ao previsto pelo Código Civil, sob pena de incorrer em alta injustiça (COELHO, 2010, p. 30).

1.2 Manifestação da vontade

Pelo fato de que a vontade de contratar surge do interior do homem, o vínculo de uma obrigação contratual é constituído por dois momentos: o primeiro se encontra em um campo subjetivo ou psicológico, que é apresentado como o livre convencimento. Neste, a vontade mostra a sua capacidade para estabelecer um acordo válido, e com a sua falta é impossível que se alcance a exteriorização. Inclusive, a importância desse estágio na constituição da vontade é tão grande que a possibilidade da presença de um vício de consentimento já aparece neste momento (RIZZARDO, 2010, p. 39).

Maria Helena Diniz (2013, p. 56) destaca que, quando se fala na primeira etapa da manifestação da vontade – campo psicológico – há três outros momentos: a solicitação, a deliberação e, finalmente, a ação. No primeiro, o indivíduo recebe estímulos do mundo exterior de forma a considerar as circunstâncias de uma possível declaração; no segundo, há a elaboração interior sobre como ocorrerá a exteriorização da vontade e, no terceiro, a própria exteriorização.

A partir do momento em que essa vontade, estabelecida ainda no campo psicológico, alcança o exterior, surge de fato a manifestação da vontade (RIZZARDO, 2010, p. 39). Esse segundo momento é também chamado por Sílvio de Salvo Venosa de vontade externa, em que está configurado o elemento material e tangível daquele que declara (VENOSA, 2012, p. 506).

Dessa forma, com o encontro de duas declarações, delineado está o contrato, e o vínculo obrigacional se forma (RIZZARDO, 2010, p. 39), ou seja, configurado está o consentimento – duas vontades se encontram com o fim de obter efeitos jurídicos (VENOSA, 2012, p. 506).

1.2.1 Manifestação expressa da vontade

A vontade pode ser manifestada de diversos modos; no entanto, não depende de forma especial, desde que a lei não a requeira – uma vez declarada, faz nascer direitos e obrigações para as partes que a emitiram. Esse é o sentido do art. 107 do Código Civil: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir” (RIZZARDO, 2010, p. 39).

É, apesar disso, mais habitualmente utilizada na forma expressa, ou seja, quando exteriorizada através de palavras, sejam escritas ou orais. Na forma oral, a manifestação da vontade pode se dar através de gestos ou mímica. Como essa exteriorização se apresenta de forma livre, as partes podem fazê-la na forma que melhor convier (VENOSA, 2012, p. 506).

Essa é a razão pela qual declarar a vontade deve ser entendida em seu sentido amplo. Não é necessário que aquele que possui a iniciativa de declarar o seu querer o faça de maneira formal, já que basta que utilize meios capazes de ser entendido de maneira inequívoca e expressa, utilizando-se da palavra, seja escrita ou falada (DINIZ, 2013, p. 57).

1.2.2 Manifestação tácita da vontade

Além da manifestação da vontade poder se dar de maneira expressa, o Código Civil de 2002 admite a forma tácita, quando a lei não exigir a primeira. O antigo CC de 1916 trazia tal premissa expressamente em seu art. 1.079, porém, o novo código, uma vez consolidado tal entendimento na doutrina, preferiu se ater às cláusulas abertas de boa-fé e probidade (VENOSA, p. 506).

Tal premissa, todavia, somente pode ser admitida contanto que o ato do indivíduo leve a crer indubitavelmente a sua vontade de contratar (DINIZ, 2013, p. 57). A manifestação tácita provém de “certos atos positivos, induvidosos e inequívocos” do indivíduo (RIZZARDO, 2010, p. 41), em que é impossível que aquele que capta tais atitudes pensar de maneira diversa do que o querer contratar.

O silêncio, por sua vez, deve ser analisado com ainda maior atenção, vez que não pode ser confundido com manifestação tácita de vontade. A regra geral, e no mesmo sentido é o entendimento majoritário da doutrina, é a de que não se pode admitir que o silêncio, apenas ele, seja considerado manifestação de vontade, dado o seu caráter ambíguo (VENOSA, 2012, p. 507).

De fato, somente pode ser admitido o silêncio como efetiva manifestação de vontade, capaz de gerar efeitos no mundo jurídico, se estiver acompanhado de outras circunstâncias ou condições – ou seja, o silêncio é considerado manifestação de vontade quando, da visão conjunta das circunstâncias do caso e até dos usos e costumes do lugar, inferir-se o querer contratar (VENOSA, 2015, p. 390).

Consoante o art. 111 do Código Civil, “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”. O ordenamento jurídico adotou a teoria do silêncio qualificado ou circunstanciado – entendimento de que o silêncio pode ser admitido sob a condição de que estejam presentes certas circunstâncias (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 90).

Por exemplo, o art. 432 do CC admite que seja concluído o contrato mesmo que a aceitação da proposta não tenha sido feita de maneira expressa, desde que o proponente e o oblato já tenham realizado contratos desta mesma natureza com dispensa de expressa aceitação, ou o próprio proponente a tenha dispensado. Assim, caso o destinatário da proposta tenha permanecido em silêncio e, pela análise do contexto em que está inserido e das circunstâncias específicas do caso, o proponente tenha tido a impressão de que foi aceita, caracterizada está a aceitação e a formado o contrato (ROSENVALD, 2016, p. 457).

Dessa forma, impossível admitir o silêncio, por si só, como aceitação à proposta de contrato, ou seja, sem validade tem o ditado “quem cala consente” (*qui tacet consentire videtur*), ou a situação de quem cala, quando podia e devia falar, aceita (*qui tacet, ubi loqui potuit ac debuit, consentire videtur*). Ao contrário – impera na doutrina o *qui tacet neque negat, neque utique fatetur*, ou seja, quem cala não nega, nem confessa (VENOSA, 2015, p. 392).

Seja na avaliação das circunstâncias do caso concreto ou dos usos, pressupostos de admissão da manifestação da vontade pelo silêncio para a produção de efeitos jurídicos, a formação do contrato através da omissão do indivíduo não pode se dar quando há exigência de declaração expressa, seja através de lei, acordo entre as partes ou pelo uso. Dessarte, a compreensão do art. 111 do Código Civil de 2002 é viável apenas através da experiência (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 91).

Exemplo da inadmissão do silêncio como manifestação de vontade apta a gerar efeitos é o envio de produtos e serviços ao consumidor sem a sua solicitação. Tanto é verdade que o inciso III do art. 39 do Código de Defesa do Consumidor considera tal prática como abusiva (VENOSA, 2015, p. 392). Dessa forma, não poderia ser o art. 111 do CC aplicado às

relações de consumo, vez que o silêncio do consumidor muitas vezes leva a práticas abusivas do fornecedor (ROSENVOLD, p. 458).

Dado o aspecto subjetivo do silêncio como manifestação de vontade, cabe ao juiz, através da análise das circunstâncias e dos usos, verificar a real intenção daquele que se omite à produção de deveres e obrigações, se havia de fato o desejo de contratar, atento ao princípio da boa-fé, que deve reger as relações contratuais.

1.3 Negociações preliminares e responsabilidade pré-contratual

Embora seja o consentimento o ponto culminante de um negócio jurídico, levando a efeito a formação do contrato, percorrem as partes por duas fases fundamentais: uma negociatória e outra decisória (RIZZARDO, 2010, p. 43).

A fase negociatória é composta por um conjunto de atos que preparam à formação do contrato, sem que haja qualquer intenção que vincule as partes – é marcada pelo primeiro contato dos indivíduos até o estabelecimento de vínculo contratual e definitivo (RIZZARDO, 2010, p. 43).

Na fase decisória, por sua vez, há a constituição de duas manifestações de vontade, chamadas de proposta e aceitação, capazes de vincular as partes à formação do contrato (RIZZARDO, 2010, p. 43). Anteriormente a esta fase, há a troca de informações preliminares, mas a firmação do contrato só se dá quando as partes concordarem (DINIZ, 2013, p. 58).

Os negócios jurídicos em geral possuem uma fase preparatória, em que as partes discutem sobre as suas intenções e esboçam os termos do contrato que virá a ser celebrado – há, nesse ínterim, uma simples promessa contratual. Negociam e dissipam dúvidas sobre condições, preços, prazos e outras especificidades do contrato, de modo que possam explorar ao máximo as melhores maneiras de estipulação de um acordo para o alcance dos objetivos de cada um (RIZZARDO, 2010, p. 43).

Embora as partes estejam discutindo acerca do conteúdo do contrato a ser celebrado, não houve ainda a sua formação, de modo que a fase das negociações preliminares não é capaz de fazer qualquer das partes se vincular à execução contratual. Não se evidenciou o consentimento, aspecto imprescindível à verificação da formação do contrato (FARIAS; ROSENVOLD, 2014, p. 74).

Nessa fase de negociações preliminares ou tratativas muitas vezes as partes celebram acordos provisórios, chamados comumente de minutas, esboços e cartas de intenção. Discute-se sobre a vinculação da minuta assinada, seja se apenas por aquele que propõe a celebração

do contrato ou por ambas as partes. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2014, p. 74) entendem que são vinculadas apenas a determinados aspectos do negócio jurídico, porém não há qualquer vinculação que as obrigue a celebrarem um contrato enquanto não estão plenamente estipulados os demais aspectos. Se as partes porventura não chegarem à efetivação de um contrato, extinto está o acordo provisório; no entanto, se a decisão for por levar a efeito o acordo, vinculadas estão as partes no que tange às minutas parciais.

Dessa forma, as minutas, em regra, não vinculam, porém servem de subsídio para a interpretação do contrato celebrado pelas partes num momento futuro, servindo de prova à eventual ação indenizatória por rompimento de forma injustificada das tratativas. O fato é que a questão deve ser analisada de acordo com as circunstâncias do caso (VENOSA, 2012, p. 508).

As negociações preliminares não se confundem com a celebração de um contrato preliminar, que é perfeito e definitivo. Aquele é caracterizado como espécie de convenção que tem por objeto a celebração de um contrato definitivo (RODRIGUES, 2004, p. 39). Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 73-74), as partes celebram contrato que não é o principal, mas preparatório a este – apesar disso, não constitui uma mera etapa da celebração do contrato principal, já que é um ato negocial completo, autônomo. Enquanto as negociações preliminares não geram obrigações ou compromissos aos interessados, a celebração do contrato preliminar pelas partes as obriga à celebração do contrato principal no futuro.

Dessa forma, na fase das negociações preliminares, diversamente do que ocorre na celebração de um contrato preliminar, as partes não contratam para prometer celebrar um contrato futuro, mas negociam sem que haja efeitos contratuais específicos (RIZZARDO, 2010, p. 44).

Nesse sentido, a regra é a de que as negociações preliminares não vinculam, já que o princípio da liberdade contratual garante aos indivíduos que negociem a fim de que o contrato seja o mais vantajoso possível para cada um, e sem que a recusa faça gerar o dever de reparar o dano. A negativa em contratar não pode ser considerada abusiva, já que inconsistente é o contrato se lhe faltar o elemento fundamental do consentimento mútuo (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 75).

Embora a fase das tratativas não possua efeito vinculante, pode haver o nascimento de responsabilidade extracontratual, em vista de que os deveres de conduta da boa-fé objetiva não se fazem ausentes nesta fase – não surgem somente com o estabelecimento da relação contratual, mas com o primeiro contato entre os eventuais contratantes (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 75).

Se um dos interessados, na fase das negociações preliminares, age de modo a criar no outro expectativa de contratar, fazendo com que arque com despesas a fim de viabilizar a celebração do negócio, por exemplo, e injustificadamente põe fim às tratativas, é evidente que o outro sofreu dano que deverá ser reparado por aquele que o causou (GOMES, 2008, p. 72).

O dever de indenizar é explicado por alguns autores através da teoria da *culpa in contrahendo*, em que se confere àquele que teve frustrada a sua expectativa em contratar a reparação pelos danos sofridos. Dessa forma, apesar da fase das tratativas não conferir às partes obrigação em contratar, ou seja, não haver sua vinculação, é possível dizer que em determinadas circunstâncias obrigam (GOMES, 2008, p. 72).

Consoante Karina Nunes Fritz (2009, p. 10), que entende a responsabilidade pré-contratual por essa teoria, apesar do CC de 2002 não ter remetido expressamente a tal dever de reparar, é unânime o entendimento de que está incluído implicitamente no art. 422 – vez que é considerada como a responsabilidade pela violação do princípio da boa-fé objetiva no período em que as partes se preparam à efetivação do negócio jurídico.

Assim, apesar de que na fase das negociações preliminares as partes não estejam vinculadas às suas próprias negociações para chegar ao contrato propriamente dito, não se pode dizer que estão livres à observância de qualquer tipo de normatividade. Ou seja, já está presente na fase pré-contratual o princípio da boa-fé objetiva, que age como limitador da autonomia privada do eventual contratante, de forma a exigir que as partes exerçam deveres específicos de conduta a fim de agir com eticidade e evitar lesões aos bens e interesses de cada um. Tais deveres correspondem ao de proteção, de lealdade, colaboração, informação e sigilo (FRITZ, 2009, p. 12).

É de se ressaltar que as partes são livres para desistir das negociações sem que precisem apresentar justificativa ao outro negociante. A apresentação de motivo justificável é importante somente quando entre elas surge a certeza de que haverá a celebração do contrato. Tal exigência, no entanto, não é pacífica na doutrina, inclusive no que se entende por motivo justo (FRITZ, 2009, p. 26).

Dessa forma, como essa teoria trata da proporcionalidade entre os princípios da boa-fé e da liberdade contratual dos negociantes, deve buscar o equilíbrio para a conciliação dos seus interesses (FRITZ, 2009, p. 26).

Além da *culpa in contrahendo*, outros autores explicam o chamado interesse contratual negativo, capaz de gerar o dever de indenizar, através da teoria do abuso de direito. Desligar-se das tratativas de modo injustificado se encaixa no conceito de comportamento

abusivo, de forma a insurgir no dever de indenizar – não há, no entanto, alusão a qual direito foi exercido irregularmente (GOMES, 2008, p. 72-73).

Pode ser justificado, inclusive, a geração do dever de reparar o dano causado pelo rompimento injustificado das negociações preliminares por meio apenas do princípio da boa-fé, haja vista o dever das partes de agirem com lealdade recíproca mesmo antes da celebração do contrato (GOMES, 2008, p. 73).

Independentemente da responsabilidade pré-contratual nos casos em que há rompimento injustificado das tratativas, as negociações preliminares não têm condão de gerar obrigações contratuais, já que são antecedentes à firmação do contrato e não vinculam as partes à sua celebração, vez que é natural aos futuros contratantes que negociem ao máximo as condições a que se vincularão antes de as levarem a efeito.

1.4 O efeito vinculante da proposta

Passada a fase das negociações preliminares, a primeira manifestação de vontade que leva ao contrato propriamente dito é a proposta, também chamada de policitação, definida como a declaração de vontade destinada a uma pessoa com quem se quer contratar a fim de que possa incitar a manifestação da outra parte por meio da aceitação (RIZZARDO, 2010, p. 46).

Para que obrigue o proponente nos termos da sua manifestação de vontade, dois pressupostos fundamentais devem estar presentes na proposta: completude e seriedade. A proposta deve ser completa, abrangendo todos os aspectos que são essenciais à formação do contrato, de forma que não seja considerada apenas um simples convite para análise e posterior aquisição de um bem (RIZZARDO, 2010, p. 47), dispensando qualquer outra manifestação por parte do proponente para o seu aperfeiçoamento. Na medida em que quer o proponente a resposta positiva do destinatário, a este basta que declare sua aceitação nos limites da proposta (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 80-81).

Ademais, a proposta deve, ainda, para que obrigue o proponente, ser séria, isto é, deve ter a intenção de obrigar, caso seja aceita, mesmo não gerando por si só o contrato (RIZZARDO, 2010, p. 47).

Orlando Gomes (2008, p. 73) entende que a proposta, para que seja inequívoca, precisa ser precisa e completa – isto é, quando sobrevier a aceitação, o acordo disporá sobre o contrato em sua totalidade. Assim, a aceitação deve dispor sobre todas as cláusulas essenciais

que comporão o futuro contrato, bastando o consentimento da outra parte para que haja a formação contratual.

Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 35-36), por outro lado, atribui como requisitos da proposta a seriedade e a precisão. Uma vez que é o primeiro impulso para a formação do contrato e geração de obrigações, é necessário que disponha sobre a estrutura do negócio.

Não há característica de proposta o caso em que o declarante se mostra disposto a contratar, almejando uma simples aproximação. Da mesma forma é o “convite a fazer oferta”, já que, quem o faz, quer em realidade receber uma proposta, e atua de forma a estimular o outro para que faça a oferta – age como aceitante, e não como proponente (GOMES, 2008, p. 73).

O art. 427 do CC dispõe que a proposta de contrato obriga o proponente, salvo alguns casos previstos no artigo. Poder-se-ia dizer, dessa forma, que a proposta gera a obrigação do contrato a ser formado?

Em realidade, quando o artigo usa do verbo “obrigar”, está se referindo à obrigação do peticitante em manter a oferta, e não a efetivar a prestação principal do contrato que poderá ser formado, obrigação principal que surge depois da aceitação. Ou seja, a obrigação do proponente não é em relação à principal do contrato. Assim, o peticitante fica obrigado porque é reduzido a um estado de sujeição – deverá ser submetido aos efeitos decorrentes da aceitação e à atuação do outro. Este, por sua vez, detém um direito potestativo de aceitar ou não a proposta que recebeu (MARQUES, 2016, p. 823).

Assim, o eventual aceitante, apesar de que não possui dever quanto à oferta que recebe, possui o poder jurídico de aceitá-la – poder este que constitui um direito formativo gerador, que é espécie de direito potestativo, que possui independência e configura um conteúdo de outra situação jurídica complexa unilateral. Tal poder jurídico é autônomo, já que a sua titularidade existe porque é exercido pela sua vontade, como uma adesão espontânea à oferta, e não como um efeito que decorre desta (MELLO, 2014, p. 234-235).

Tal estado de sujeição do peticitante não implica na ideia de que está “obrigado” a cumprir. Está submetido, em realidade, aos efeitos jurídicos advindos da atuação, e não pode querer com eficácia em sentido diverso (MARQUES, 2016, p. 823).

Pode-se entender a oferta como um negócio jurídico unilateral receptício, caracterizado, segundo Gonçalves (2013, p. 329) pela exigência de uma única manifestação de vontade para se aperfeiçoar, devendo gerar efeitos somente quando se torna conhecida pelo destinatário. Dessa forma, a proposta não exige outra manifestação de vontade para que componha um negócio jurídico unilateral, existe por si só, mesmo que o seu objetivo seja,

justamente, compor um negócio jurídico bilateral com a aceitação do oblato (MELLO, 2014, p. 257).

Sendo negócio jurídico unilateral, a oferta, assim como a aceitação, pode interferir na esfera jurídica do outro somente para criar um negócio jurídico bilateral (MELLO, 2014, p. 257-258).

1.4.1 Proposta sem força obrigatória

De forma diversa do que ocorre na fase negociatória, ou seja, na etapa em que as partes negociam sobre o contrato sem que haja efeito vinculante, o art. 427 do Código Civil dispõe que a proposta, que já integra a fase decisória junto com a aceitação para a formação do contrato, obriga o seu proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso (RIZZARDO, 2010, p. 43).

O primeiro caso abordado pelo código diz respeito à ausência de força obrigatória quando os termos da proposta retiram tal obrigatoriedade: ao passo que o proponente insere dizeres como “sem compromisso”, “salvo confirmação”, ou outras, conclui-se que está retirando da própria oferta a definitividade de sua vontade. O polícitante, ao fazer tais ressalvas, leva a crer que propõe apenas para pesquisa ou investigação do interesse público sobre determinado produto no mercado (RIZZARDO, 2010, p. 49).

Em negociações cuja complexidade é alta, é comum que quem as inicia se manifeste de maneira genérica, a fim de verificar a possibilidade de futura celebração de contrato – assim, caso a proposta esteja acompanhada de certa ressalva, não é considerada “firme”, de forma a impedir que o proponente se vincule anteriormente à obtenção de todas as informações que almeja (COELHO, 2010, p. 95).

No segundo caso, exclui a força obrigatória da proposta, segundo o art. 427 do Código Civil, a própria natureza do negócio. Há negócios cuja oferta é aberta por sua própria natureza, de modo que o proponente tem autorização para mantê-la ou não (DINIZ, 2013, p. 74), sendo caracterizada muito mais como convite a discutir sobre certo negócio do que propriamente uma proposta (RIZZARDO, 2010, p. 49).

Ausente está a força obrigatória da oferta pela própria natureza do negócio naquelas que visam à formação do contrato de mandato, em que o proponente não se vincula àquele que primeiramente aceita a proposta, e o contrato de seguro, o qual precisa ser moldado de acordo com as particularidades de cada segurado antes de ter força vinculativa (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 83).

Finalmente, em terceiro lugar, é possível que as circunstâncias do caso retirem a obrigatoriedade da proposta. Apesar de não ter o art. 427 do Código Civil especificado quais seriam tais circunstâncias, presume-se que seriam as capazes de fundamentar a negativa do peticitante, como a demora na apresentação da aceitação ou não do destinatário da proposta ou a falta do cumprimento dos requisitos da resposta (RIZZARDO, 2010, p. 49).

No entanto, o exato entendimento das circunstâncias do caso, referidas no art. 427, decorre do artigo seguinte, que trata sobre a proposta e a aceitação entre pessoas ausentes e presentes (RIZZARDO, 2010, p. 49), cuja explicação será melhor bordada no tópico subsequente.

Muito se fala hoje no chamado “convite a contratar”, se poderia ser considerado uma proposta, apta a surtir efeito vinculante, ou não. Orlando Gomes (2008, p. 73) aduz que, neste tipo de manifestação de vontade, aquele que o gera quer receber uma proposta, e não propriamente emití-la. Dessa forma, estimula que o destinatário da mensagem efetue proposta direcionada a ele, de maneira que assuma a posição de oblato – nesse sentido, tal convite não pode ser considerado um ato pré-negocial, tampouco ser concebido como proposta, sendo irrelevante ao direito.

Dessa forma, Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 94) entende que no direito brasileiro tal instituto não é reconhecido. Isto acontece porque aquele que faz tal convite apenas se predispõe a contratar, a receber propostas de outras pessoas, sem que haja qualquer vinculação – ideia que é não é compatível com as regras do Código Civil.

Além disso, como a oferta de consumo, regida pelas normas de direito do consumidor, sempre vincula o fornecedor – como será abordado mais adiante –, também não se coaduna com as regras do CDC. Portanto, inútil no direito brasileiro (COELHO, 2010, p. 94).

1.4.2 Proposta entre presentes e entre ausentes

Pelo fato de que a proposta tem efeito vinculante, não se pode admitir que tenha eficácia indefinida, de modo que o peticitante esteja vinculado indeterminadamente aos termos da declaração que emitiu a seu destinatário. Diante desse fato, o Código Civil disciplinou o regime da força obrigatória da proposta e sua duração no art. 428, o qual trata sobre a proposta e aceitação entre pessoas ausentes e entre presentes.

O primeiro caso abordado pelo artigo é o da proposta feita a uma pessoa presente sem prazo, e que não foi imediatamente aceita (art. 428, I, do Código Civil). Neste caso, afastada está a força obrigatória.

O contrato que é realizado entre pessoas presentes é aquele cujas proposta e aceitação ocorrem de modo direto entre as partes ou seus representantes, mesmo que não estejam em contato pessoal. Dessa forma, é aquele estabelecido mesmo por telefone ou outro meio, como uma conversação pela internet – veículo de comunicação por meio do qual proponente e aceitante dialogam como se estivessem frente a frente, uma vez que recebem as informações um do outro de maneira instantânea. Ou seja, não tem a ausência relação com a distância que estão as partes que negociam, vez que são considerados presentes mesmo aqueles que não estão conversando pessoalmente (VENOSA, 2012, p. 515).

Dessarte, se o proponente emite ao destinatário da proposta a sua manifestação da vontade de contratar, estando este presente no ato da declaração de vontade, sem que lhe tenha sido concedido prazo para aceitar, infere-se o seu desinteresse caso não se manifeste imediatamente. Não ficará o proponente obrigado aos termos da sua proposta, já que deveria o destinatário tê-la aceitado, seja no decorrer da conversação, ou pelo menos até o momento em que as partes se despedem (RIZZARDO, 2010, p. 50).

A proposta entre ausentes, por outro lado, distingue-se da proposta entre pessoas presentes por ser feita através de correspondência ou telegrama (VENOSA, 2012, p. 515), ou ainda através de um mensageiro ou intermediário (RIZZARDO, 2010, p. 50).

Dessa forma, o segundo caso abordado pelo art. 428 do Código Civil, em seu inciso II, em que é retirada a força obrigatória da proposta, é de quando é feita sem prazo a pessoa considerada ausente e decorrido tempo suficiente para que tenha chegado a resposta ao conhecimento do peticitante. A expressão “tempo suficiente” deve ser entendida como um tempo razoável e condizente com as circunstâncias e a natureza do negócio (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 84).

O terceiro caso trata da ausência de força obrigatória da proposta (art. 428, inciso III, do Código Civil) quando é feita a pessoa ausente e não tenha sido expedida a aceitação dentro do prazo dado pelo peticitante. “Ora, se é lícito ao autor da oferta unilateralmente retirar sua força obrigatória (art. 427, CC), mais razoável ainda submeter a sua vinculatividade a um prazo” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 85).

Por fim, o quarto e último caso abordado pelos incisos do art. 428 do Código Civil (inciso IV) trata da perda da força obrigatória da proposta quando for recebida pela outra parte a retratação do proponente de forma simultânea ou ainda anterior à proposta.

Orlando Gomes (2008, p. 79) conceitua a retratação como a “declaração lícita do policitante para obstar os efeitos da proposta”, surtindo efeitos somente quando chegar ao conhecimento do destinatário, vez que a retratação é declaração receptícia de vontade, assim como o é a proposta.

Assim, o arrependimento do policitante em emitir a proposta de contrato possui o condão de retirar a sua força obrigatória, contanto que o destinatário tenha conhecimento antes de recebê-la ou pelo menos simultaneamente (RIZZARDO, 2010, p. 51).

A retratação não é capaz de ocasionar responsabilidade por perdas e danos, uma vez que não foi dado ao destinatário da resposta tempo para aceitação. Adverte Arnaldo Rizzardo (2010, p. 51), todavia, que caso a retratação tenha chegado após a proposta, o contrato não foi de fato formado, e por isso o policitante não está obrigado a sustentar o negócio. No entanto, agiu de maneira culposa, e por isso responde por perdas e danos – a responsabilidade no caso não decorreu do contrato, já que não foi ele concluído.

Cabe ressaltar, nesse ínterim, a disposição da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)¹ que assegura a possibilidade de revogação da proposta até o momento em que se conclui o contrato, desde que chegue ao destinatário antes que este tenha expedido sua aceitação, conforme seu art. 16. Não há possibilidade de revogação, todavia, se a proposta fixe prazo para aceitação ou de outra maneira indique que seja revogável, ou se o destinatário a considere como irrevogável e tiver agido com confiança na proposta que recebeu.

Além disso, mesmo que a proposta seja irrevogável, poderá ser cancelada pelo proponente se a sua retratação chegar ao destinatário antes ou simultaneamente à proposta (art. 15).

Ou seja, a hipótese de revogação contida na CISG permite que o proponente possa se retratar de sua oferta mesmo que o destinatário já a tenha recebido, desde que ainda não tenha expedido a sua resposta – ressalvados os casos mencionados. Dessa forma, permite-se a ampliação da possibilidade de revogação da proposta em caso de compra e venda internacional de mercadorias, em comparação à disciplina prevista no CC.

¹ A convenção foi promulgada pelo Decreto nº 8.327/14. Seu campo de aplicação se limita aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimento em Estados distintos contratantes ou quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei um Estado contratante, conforme seu art. 1º.

1.4.3 Oferta ao público

Todos os pontos abordados nos tópicos anteriores se referem à formação da relação entre um polícitante, que emite uma declaração da vontade de contratar por meio de uma proposta, e um aceitante, que responde positivamente à manifestação do proponente, exibindo também a sua vontade de estabelecer um contrato.

É o que ocorre, por exemplo, quando se contrata com um arquiteto, construtor ou qualquer outro profissional, ou se procura alguém para nomear como procurador ou para estabelecer uma sociedade. Mesmo que seja aberta a qualquer interessado, não se exige que o proponente aceite o primeiro que se apresentar, já que nem sempre corresponde aos requisitos que foram exigidos (RIZZARDO, 2010, p. 51).

Apesar disso, não é em todos os casos que a proposta emitida por uma pessoa é atribuída a outra especificamente, isto é, não se exige que a proposta seja destinada a uma pessoa determinada, em atenção às suas qualidades ou condições particulares. A oferta pode se dar quando irrelevantes o *intuitu personae* e a confiança pessoal, sendo endereçada a pessoas indeterminadas, como quando feita ao público em geral por meio de anúncios, cartazes ou outras formas de publicidade (RIZZARDO, 2010, p. 51).

Se dirigida a um número indeterminado de pessoas, a oferta é obrigatória ao primeiro que manifesta a sua vontade de contratar, desde que não tenha o polícitante inserido ressalva ou não decorra das circunstâncias do caso concreto (RIZZARDO, 2010, p. 51). Tal indeterminação é transitória, já que a constituição do contrato exige a individualização da pessoa do aceitante, o que acontece a partir do momento em que há a aceitação (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 95).

Apesar de mais comumente identificada nas relações de consumo, é possível que a oferta pública esteja presente também nas relações puramente civis ou entre empresários e fornecedores (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 95-96).

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 inseriu dispositivo concernente à oferta ao público no *caput* do art. 429: “A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”.

A disciplina sobre a oferta ao público tratada pelo Código Civil é diversa daquela do Código de Defesa do Consumidor, que lhe confere um tratamento mais rigoroso, garantindo a irrevogabilidade da oferta ao público e a possibilidade de demandar a tutela específica da obrigação nos termos da própria oferta.

A diferença está na finalidade e no seu público alvo. Enquanto as ofertas de consumo são destinadas ao consumidor (comércio varejista), sendo reguladas pelo CDC prioritariamente – apenas de forma subsidiária se poderia admitir a aplicação do CC –, na oferta destinada ao público do CC a declaração de vontade do ofertante é destinada aos comerciantes (comércio atacadista) (MARQUES, 2016, p. 822). Assim, a relação estabelecida entre o ofertante e o aceitante no CC não é considerada um vínculo de consumo. As partes estão em pé de igualdade, diferentemente da oferta de consumo, a qual demanda tratamento especial estabelecido pelo CDC.

Em tese, pelas regras do Código Civil aplicáveis às relações exclusivamente civis, caberia ao aceitante, em caso de recusa por parte do ofertante de cumprir os termos de sua proposta, pleitear não a execução específica, mas somente indenização por perdas e danos.

Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 36-27), ao tratar sobre o assunto, aduz que quando da análise do art. 1.080 do Código Civil de 1916, cuja redação é idêntica ao disposto no art. 427 do atual, os autores tendiam a achar que ao descumprimento da oferta somente caberia a hipótese de perdas e danos. No entanto, afirma que tanto a opinião doutrinária quanto jurisprudencial avançou no sentido de permitir a execução específica dos termos da oferta. Isto decorre da propensão moderna de se dar preferência à execução específica das obrigações para conservar o conteúdo previsto nos contratos – como o que dispõe o art. 497 do atual Código de Processo Civil, o qual dispõe que, a fim de que a obrigação de fazer permaneça nesse sentido, o juiz deve determinar a sua execução específica ou tomar medidas para assegurar a sua obtenção por resultado prático equivalente.

Nesse sentido, para que o aceitante, em face da recusa do cumprimento da oferta, pudesse fazer valer o seu direito subjetivo ao resultado útil do contrato, poderia ser exigida a execução específica das obrigações de dar e fazer, previstas no CPC (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 96).

No entanto, em recurso de apelação julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo², a solução foi diferente, no sentido de admissão somente das perdas e danos. No caso, o réu havia apresentado proposta de compra de terreno do autor da ação, o qual aceitou. No entanto, no dia da assinatura do contrato, o réu desistiu de firmá-lo, sob a alegação do terreno ser desnivelado. Em voto, com base no art. 427 do CC, definiu-se que a desistência do

² TJSP, Relator(a): Enio Zuliani; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/07/2009; Data de registro: 07/08/2009; Outros números: 5698894000.

negócio importa em perdas e danos, que no caso seria o pagamento da primeira parcela referente ao valor total do objeto de compra e venda.

Segundo o parágrafo único do art. 429 do CC, admite a oferta ao público, disciplinada pelo regime civilista, a faculdade de retratação por parte do ofertante pela mesma via de divulgação da oferta, conquanto que haja ressalva desta possibilidade na própria oferta realizada. Assim sendo, não é possível que o proponente, ao exteriorizar a sua vontade de contratar ao público em geral, beneficiar-se dos casos de ausência de força obrigatória da proposta dispostas no art. 428 (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 97).

1.4.4 Autonomia da proposta

Uma vez que a regra é que a proposta possui força vinculante, obrigando o proponente a fazê-la cumprir em seus próprios termos, é compreensível que, na eventualidade de sua morte, assumam o compromisso os seus herdeiros – o cumprimento da proposta compõe o patrimônio do proponente como seu elemento passivo (RIZZARDO, 2010, p. 53).

O evento morte não causa a extinção da proposta, já que é implícita a esta uma persistência por parte do polícitante de manter a oferta durante um determinado tempo para que o destinatário a aceite. Caso os herdeiros se recusem à realização dos termos dispostos na proposta aceita pelo oblato, incorrerão em perdas e danos (RIZZARDO, 2010, p. 53).

Esse entendimento é adotado pela teoria tradicional e decorre da influência da germânica em nosso ordenamento jurídico. De forma adversa, no sistema francês, a proposta não tem força vinculativa e, dessa forma, se sobrevier a morte do proponente enquanto vigente a oferta, não há qualquer obrigação para seus herdeiros, porque a proposta resta extinta – apesar disso, por ser independente em relação à aceitação, se considerada uma obrigação, será transmitida aos seus herdeiros (VENOSA, 2012, p. 513).

1.4.5 Aceitação tardia e não expressa

O conceito de aceitação guarda relação com a resposta positiva dada ao proponente. “O aceitante integra sua vontade na do proponente, emitindo declaração expressa, realizado atos que a exteriorizam, ou, até, silenciando, quando deveria falar” (GOMES, 2008, p. 76).

O momento decisivo da proposta é a recepção por parte do destinatário, vez que somente a partir dela é que adquire vigor. Depois deste momento é que será possível a aceitação, quando é possibilitado ao destinatário aquiescer quanto ao que lhe foi proposto e

manifestar a sua plena concordância – dessa maneira, enquanto a proposta é o reflexo da vontade do peticitante, a aceitação é o reflexo da exteriorização da vontade do oblato (RIZZARDO, 2010, p. 54).

Para que a aceitação surta efeitos, é necessário que seja existente e válida, sendo equivalente àquilo que foi proposto. Basta que seja pura, simples e tempestiva quanto à forma, levando a entender que o destinatário da proposta concorda com os seus termos (VENOSA, 2012, p. 514).

A força obrigatória da proposta lhe é atribuída justamente quando da junção com a aceitação emitida pelo aceitante, de acordo com todas as condições que foram estabelecidas. Dessa forma, é pressuposto para a vinculatividade da proposta que a aceitação seja tempestiva – isto é, deve ser estabelecida dentro do prazo previsto pelo proponente, ou em prazo considerado razoável, se feita a pessoa ausente sem previsão de prazo (RIZZARDO, 2010, p. 56).

Ocorre que, caso a aceitação chegue de forma tardia ao proponente, não há qualquer direito potestativo por parte do aceitante (RIZZARDO, 2010, p. 56). É possível que haja atraso tanto na expedição da resposta quanto na sua recepção por parte do peticitante. Neste caso, se o destinatário da proposta emitiu sua aceitação tempestivamente, no entanto, por circunstâncias adversas e imprevistas, chegou tardiamente ao proponente, a proposta não terá efeito vinculante, mas concerne a este a obrigação de informar este detalhe ao aceitante, já que, caso contrário, incorrerá em perdas e danos (GOMES, 2008, p. 79).

Isto só ocorre, portanto, quando o atraso da resposta decorrer de circunstâncias imprevistas, conforme o art. 430 do Código Civil, e o ofertante comunicar o fato àquele que aceitou. Caso transcorrido o prazo de resposta sem que o proponente tenha tido seu conhecimento, e ausentes as circunstâncias adversas, desobrigado está da sua proposta (RIZZARDO, 2010, p. 56).

Exige-se o comunicado imediato ao aceitante quando o conhecimento da resposta se deu tardiamente, sob pena de perdas e danos, porque o aceitante pode já ter despendido recursos para a execução do contrato. No entanto, tal responsabilidade se refere pelo fato de ter incorrido em culpa em não comunicar o aceitante, e não, absolutamente, pelas perdas e danos decorrentes do próprio acontecimento imprevisto (RIZZARDO, 2010, p. 57).

O consentimento ao estabelecimento do contrato pode se dar tanto de maneira expressa, quanto tácita, quando a lei não exigir que se dê expressamente. A doutrina distingue dois critérios para diferenciar os tipos de consentimento: pelo critério subjetivo, a declaração é expressa quando há intenção, e não havendo, tácita é. Por outro lado, consoante o critério

objetivo, é expressa a declaração emitida por palavras ou gestos, enquanto tácita é aquela resultante de circunstâncias indicativas de vontade (GOMES, 2008, p. 61).

Nesse sentido, há de ser diferenciada a declaração tácita da implícita e da presumida – a declaração implícita não é inferida pelas circunstâncias, mas como uma resultante de uma declaração explícita, e a presumida é aquela que decorre da pessoa que, mesmo podendo emitir declaração para a produção de efeitos jurídicos que não estão previstos em lei, não o faz, ou ainda quando a lei estabelece efeitos a um comportamento (GOMES, 2008, p. 62).

A aceitação, em sua maioria de casos, ocorre de forma expressa; porém, nada impede que seja feita tacitamente, quando incomum a aceitação – é o que ocorre, por exemplo, quando o aceitante inicia o cumprimento da obrigação que lhe cabia, ou ainda quando o polícitante não exige que a resposta seja feita de maneira expressa (VENOSA, 2012, p. 517).

Nesse sentido, o art. 432 do Código Civil disciplina as duas formas de possibilidade da aceitação ser tácita: “Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa”.

O relacionamento estabelecido entre as partes ocasiona a dispensa da aceitação para a perfectibilização do contrato, sendo comum em negócios jurídicos estabelecidos de maneira habitual entre duas pessoas (RIZZARDO, 2010, p. 57).

Insta destacar, ainda, que aceitação tácita é diferente da manifestação de vontade pelo silêncio, que já foi tratado neste trabalho no subitem 1.2.2.

1.4.6 Contraproposta

Para que a aceitação integre à proposta e resulte na formação do contrato, é necessário que seja pura e simples, de forma que corresponda aos termos da proposta e ocasione a execução do contrato pelas partes.

A fim de que seja configurada a aceitação propriamente dita, não pode condicionar ou modificar a oferta, seja entre presentes ou ausentes. A resposta do destinatário, para se valer da proposta, deve se dar na forma de aceitação integral, caso positiva, ou de sua rejeição expressa, tácita ou na forma de silêncio, se negativa (LÔBO, 2014, p. 82).

Caso a resposta do destinatário da proposta seja de modo a estabelecer condição, ou que modifique ou provoque alterações à oferta do polícitante, temos o que se chama de contraproposta. Não se trata, em verdade, de uma aceitação à proposta anteriormente feita,

mas uma nova, agora partida do oblato. Não há, nesse caso, vinculação do proponente, vez que não pode obrigar que contrate aquilo que não fez parte da sua oferta (VENOSA, 2012, p. 517).

Consoante tal entendimento, o art. 431 do Código Civil estabeleceu que “A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta”. Compreende-se do dispositivo que tanto a aceitação tardia, que fora feita além do prazo previsto pelo ofertante ou de prazo razoável, quanto a aceitação modificativa, tanto parcial quanto totalmente, que se contrapõe àquela que aquiesce a tudo que foi proposto pelo ofertante e que formará o contrato, são situações que importarão não em uma aceitação propriamente dita, mas uma nova proposta (RIZZARDO, 2010, p. 58-59).

Tal aceitação fora do prazo ou que estabeleça condições, modificações ou alterações à proposta, que em realidade é nova proposta, implica em uma verdadeira inversão dos papéis – enquanto o oblato passa a ser proponente, este assume a condição de oblato (GOMES, 2008, p. 78).

A contraproposta é muito comum no cotidiano das relações negociais, principalmente quando é possível a barganha de preços. Apesar disso, Paulo Lôbo (2014, p. 82) lembra que, em se tratando de relação consumerista, a inversão dos polos é impossível, já que o consumidor não pode assumir a condição do ofertante, que será sempre o fornecedor de produtos ou serviços, em atenção aos deveres de proteção.

1.4.7 Retratação da aceitação

Da mesma maneira que o proponente tem o direito de se arrepender da proposta que remeteu ao destinatário e emitir retratação, é facultado também ao aceitante o direito de se arrepender da aceitação já enviada. Trata-se de uma das ressalvas à regra geral de que aperfeiçoado está o contrato quando a aceitação é expedida (RIZZARDO, 2010, p. 59).

Nos dizeres do art. 433 do Código Civil: “Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante”.

O destinatário da proposta, certo de seu arrependimento acerca da aceitação que já emitiu, seja por razões justificáveis ou não, deve desfazer o negócio emitindo sua desistência de imediato, a fim de que chegue antes ou mesmo simultaneamente à aceitação. No entanto, caso chegue posteriormente às mãos do polícitante, formado está o contrato, surtindo seus efeitos (RIZZARDO, 2010, p. 60).

Sílvio de Salvo Venosa (2012, p. 516) ilustra que é possível que a retratação da aceitação e a própria aceitação, seja através de e-mail, carta ou telegrama, cheguem na mesma data – a retratação, neste caso, torna inexistente a aceitação, mesmo que as circunstâncias do caso possam insistir em interpretação diferente.

Há autores que criticam, como é o caso de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, que se considere que a aceitação é inexistente caso admitida a retratação – seria, em realidade, caso de ineficácia superveniente, já que a expedição da manifestação de vontade do aceitante torna a sua resposta eficaz, e a sua superveniente retratação incorrerá na perda desta eficácia. O ato não deixou de existir, apenas perdeu os seus efeitos, como se fosse uma rescisão unilateral, em que o destinatário da proposta exerce um direito potestativo à denúncia (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 86).

1.5 Momento e lugar de formação do contrato

O momento em que se forma o contrato entre presentes é aquele da aceitação. A partir da integralização da proposta e da aceitação, há a configuração do consentimento mútuo, apto ao aperfeiçoamento do contrato (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 92)

Quanto à proposta entre ausentes, Venosa (2012, p. 515) distingue os diferentes sistemas utilizados pelo direito comparado para tratar sobre o momento em que é concluído o contrato: sistema da cognição ou informação e da agnição ou declaração em geral.

De acordo com o sistema da cognição ou da informação, considera-se formado o contrato a partir do momento em que o proponente tem conhecimento acerca da aceitação. Neste caso, no entanto, há o problema de que a formação está condicionada ao livre arbítrio do proponente, de abrir a correspondência com a aceitação ou não (VENOSA, 2012, p. 515). Parte-se da ideia de que é impossível haver a configuração do consentimento mútuo sem que ambas as partes saibam da vontade um do outro (DINIZ, 2013, p. 81).

Por outro lado, pelo sistema da agnição ou da declaração em geral, ocorre a perfectibilização do contrato com a aceitação do destinatário da oferta. A partir dessa premissa, surgiram três orientações dentro desse sistema, acerca do momento específico em que ocorre a formação do contrato: a teoria da declaração propriamente dita, a da expedição e a da recepção. No primeiro caso, entende-se que a formação do contrato ocorre mais especificamente quando o oblato escreve a sua resposta afirmativa à proposta do peticitante, já que é quando efetivamente há a sua manifestação da vontade de contratar; no entanto, enquanto não expedida, não ingressa no mundo jurídico. Consoante a teoria da expedição, por

sua vez, o contrato é formado com a expedição da própria aceitação, que é o momento em que ingressa no mundo jurídico e apta está para produzir os seus efeitos. Pela teoria da recepção, por fim, perfectibilizado está o contrato quando o proponente recebe a resposta de aceitação do oblato, mesmo que ainda não a tenha lido (VENOSA, 2012, p. 515).

Dessa forma, poderia ser considerada também a teoria da recepção como uma espécie da teoria da cognição, já que a lei presume a recepção da aceitação no momento em que esta chega até o destinatário (GOMES, 2008, p. 82).

Silvio Rodrigues (2004, p. 75-76) destaca as teorias construídas pela doutrina e albergadas pelas mais diversas legislações, e faz esta mesma divisão para explicá-las. Da mesma forma o faz Orlando Gomes (2008, p. 81-82).

Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 43) entende que a teoria da expedição, apesar de não ser perfeita, é a melhor a ser considerada pelo sistema de direito civil. Isto porque é capaz de evitar que uma das partes fique na incerteza quanto aos efeitos de sua declaração de vontade, além de que a expedição da resposta do aceitante afasta quaisquer dúvidas sobre a sua natureza probatória, eis que se desliga da figura deste.

Dessa forma, retira-se do arbítrio do aceitante a possibilidade de se desfazer do contrato quando quiser, como ocorreria pelo sistema da declaração propriamente dita – neste, o destinatário da proposta poderia se desfazer do contrato simplesmente rasgando a sua declaração de vontade anteriormente feita em papel, sem que o polícitante tivesse conhecimento. Pela teoria da expedição, a aceitação adquire caráter objetivo, já que formado o contrato quando é expedida (GOMES, 2008, P. 82).

Venosa (2012, p. 516) aduz que a redação do art. 434 e de outros dispositivos do Código Civil evidencia a adoção do sistema da agnição na teoria da expedição, já que é considerado formado o contrato a partir do momento em que há a expedição da resposta positiva do oblato (VENOSA, 2012, p. 516).

Apesar disso, pode-se dizer que o sistema da expedição, quando da regulação pelas normas do CC, sofre mitigações (PEREIRA, 2014, p. 43). Recusa-se a ideia de que formado estará o contrato quando da expedição da aceitação nos casos dispostos nos incisos no art. 434 – admite-se, dessa forma, um pouco a teoria da recepção e da informação. Segundo Caio Mário (2014, p. 44) isso é ruim, já que não há precisão pela doutrina sobre tais conceitos, de forma que se prejudica a aplicação dos princípios.

Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto:

- I - no caso do artigo antecedente;
- II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta;
- III - se ela não chegar no prazo convencionado.

O inciso I faz referência ao artigo anterior (art. 433), que aborda sobre a inexistência da aceitação se posteriormente for emitida ao proponente a retratação por parte do aceitante, que se arrependeu de sua resposta positiva à formação do contrato.

O segundo caso, tratado pelo inciso II, faz a segunda ressalva à formação do contrato entre ausentes quando expedida a aceitação: se as partes tiverem acordado que a perfectibilização contratual aconteceria somente com o conhecimento pelo proponente da resposta, ou seja, adotando a teoria da recepção da aceitação ao invés da expedição. Isso não significa que o proponente está comprometido a aguardar resposta por tempo indeterminado, já que se deve esperar a resposta por um prazo suficiente ao exame das condições da proposta e a posterior elaboração da resposta e seu envio. Caso transcorrido um tempo razoável para a consecução desses atos por parte do destinatário e mesmo assim não teve o proponente resposta, estará desobrigado dos termos da sua policação (RIZZARDO, 2010, p. 64).

Por fim, o inciso III, semelhante ao disposto no anterior, admite que o contrato não se forme com a expedição da aceitação se as partes transacionarem acerca de um prazo para que chegue a resposta ao conhecimento do aceitante e, caso seja transcorrido sem resposta, não haverá formação do contrato.

É considerado formado o contrato, ainda, no lugar da emissão da proposta, conforme o art. 435 do Código Civil. Esse mesmo lugar definirá a competência para eventual discussão acerca das cláusulas ou adimplemento do contrato (RIZZARDO, 2010, p. 64). Esta regra tem maior importância para os contratos feitos entre pessoas ausentes, vez que entre presentes prevalece a ideia de que será o lugar onde ambos os contratantes tiverem se encontrado (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 94).

O lugar de celebração do contrato é diferente tanto do domicílio do proponente, já que nem sempre este efetua proposta no local onde estabelece seu domicílio, quanto do local do pagamento, que poderá variar de acordo com as especificidades do contrato e a fim de que as suas cláusulas se realizem da melhor maneira para as partes (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 94).

Dessa forma, depreende-se que o Código Civil, embora tenha adotado a teoria da expedição da aceitação para marcar o momento em que há a formação do contrato, quanto ao local de sua conclusão optou por aquele em que houve a oferta (DINIZ, 2013, p. 84).

2. OFERTA AO PÚBLICO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Conforme foi comentado anteriormente, apesar da oferta ao público ser disciplinada no Código Civil, de forma a regular as relações puramente civis, a matéria adquire um novo viés nas relações de consumo, cujas partes assumem posições desiguais mesmo na fase que antecede à formação do contrato. Inclusive é de se ressaltar que, dadas as circunstâncias a que está inserido, nem sempre o consumidor exerce sua plena autonomia da vontade, mesmo fazendo parte de um negócio jurídico bilateral.

Diversamente do que ocorre nas relações puramente civis, é comum que a oferta de consumo seja endereçada a pessoas indeterminadas, seja o consumidor efetivo, que de fato adquire produtos ou serviços, como aquele potencial, que tende a consumir e está exposto à oferta (ALMEIDA, 2009, p. 114), sobretudo através da publicidade.

Nesse sentido, é certo dizer que o código dedica especial atenção à fase pré-contratual, vez que a prática revela que já no momento em que as partes, fornecedor e consumidor, se aproximam com o fim de contratar há espaço para práticas abusivas, omissões de informações necessárias ou falsas informações – tudo que pode trazer prejuízos ao consumidor (BESSA, 2013, p. 360).

Não é por menos que o Código de Defesa do Consumidor confere direitos básicos e princípios que norteiam a proteção da universalidade dos consumidores, cujo tratamento à oferta ao público será analisada nos itens a seguir.

2.1 Formação dos contratos em massa e despersonalização das relações de consumo

Sob uma análise histórica, pode-se afirmar que a Revolução Industrial foi responsável pelo aumento exponencial da capacidade produtiva do homem, que antes era acostumado com a produção artesanal e mecânica, reduzida ao seu próprio núcleo familiar ou a um número pequeno de pessoas. A revolução fez o processo produtivo aumentar de extensão e complexidade, adquirindo proporção de produção em massa, tendo modificado também o processo de distribuição de produtos, que foi apartado do de produção – se anteriormente era o próprio produtor quem realizava a comercialização, outra pessoa passou a ser responsável por esta etapa, também realizada em larga escala (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 2).

Vale destacar que não só a primeira, como também as duas outras revoluções industriais culminaram em diferentes rupturas do direito que influenciaram na construção do

direito privado como é entendido hoje. Na primeira revolução, conhecida como a do carvão e do aço, houve a massificação da forma de produção com finalidade de satisfazer um grande número de pessoas, e a despersonalização das relações de consumo levou à incapacidade do próprio direito privado de oferecer respostas a essa questão social. Tanto é verdade que o crescente antagonismo entre o capitalista e o trabalhador abriu portas ao desenvolvimento de uma legislação trabalhista e previdenciária (MARQUES, 2013, p. 47).

A questão social foi agravada ainda mais com a Segunda Revolução Industrial, caracterizada pelos modelos de produção do taylorismo e do fordismo, em que se evoluiu ainda mais a forma de produção, distribuição e contratação em massa e o conflito entre produtores e consumidores, ou seja, entre os detentores da informação sobre o produto ou serviço que realizam e os consumidores leigos, que já tinham maior capacidade econômica para efetivamente consumir (MARQUES, 2013, p. 48).

O século XX, dessa forma, foi marcado pela formação de mercados e a inserção de tecnologias para a produção massificada, cujas empresas passaram a dominar o mercado e desencorajaram a entrada de novos competidores sem máquinas específicas que se adaptassem ao tipo de mercado que se impunha (MACEDO JÚNIOR, 1999, p. 47).

Uma vez que as empresas de produção em massa precisavam garantir o retorno do investimento que realizavam, necessitavam também de um mercado de consumo estável. Dessarte, as empresas com produção de larga escala investiram também em técnicas de estabilização de mercados de produtos, a fim de que fosse garantida a utilização daquilo que era fornecido, como a garantia da adequação entre fornecimento de insumos, capacidade produtiva e consumo de bens pelo mercado, além da contratação através de contratos de adesão (MACEDO JÚNIOR, 1999, p. 47).

Por fim, a Terceira Revolução Industrial, marcada pela massificação extrema da produção, distribuição e consumo e pela globalização da economia, resultou na segunda fratura do direito privado e a crise de legitimação ou confiança: consolidou-se de fato a despersonalização das relações consumeristas, que adquiriram dimensão mundial, com o mercado se sobrepondo às suas próprias fronteiras com o auxílio da informática e dos cada vez mais rápidos meios de comunicação (MARQUES, 2013, p. 48).

Nesse contexto de inovação industrial e tecnológica, Claudia Lima Marques (2013, p. 48) destaca ainda que o mundo virtual mudou tanto os hábitos quanto o tempo do consumo, já que a mobilidade das transações, o acesso aos produtos vinte e quatro horas por dia e o alcance da publicidade agravaram ainda mais os conflitos de consumo e a vulnerabilidade do consumidor.

Dessa forma, antes da instalação deste intenso processo de industrialização, as relações entre as pessoas eram muito mais próximas, já que o produto era feito de acordo com os desejos do interessado em adquiri-lo – o produtor tinha conhecimento acerca de todo o processo de produção, sabia como seria feito e para quem venderia. Com as novas técnicas de produção e a consequente produtividade em série, a figura do fabricante/comerciante como pessoa próxima àquele que adquire o produto deixa de existir, tanto que as próprias especificidades do bem ou serviço conforme os interesses do comprador perdem o sentido.

Do mesmo modo em que os mecanismos de produção e de distribuição evoluíram, o processo de contratação demandou novas adequações, e disso decorreu o surgimento de contratos coletivos, em massa e ainda por adesão (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 3).

Assim, das simples trocas de mercadorias e operações mercantis de pouca relevância até grandes e primorosos contratos de compra e venda, as relações de consumo passaram a ser operações impessoais e indiretas, principalmente nos grandes centros urbanos, sendo irrelevante o reconhecimento do fornecedor por parte de quem compra. Os bens de consumo e os serviços prestados passaram a ser vendidos em larga escala e em grandes estabelecimentos comerciais, isto aliado ao êxodo rural com a mecanização do campo para as periferias das grandes cidades e ao inchaço da população. Dessa forma, foram a produção e o consumo em massa responsáveis pelo reconhecimento de uma sociedade de massa (ALMEIDA, 2009, p. 2).

Apesar da evolução tanto do processo de produção quanto das contratações para a compra de produtos e serviços após a Primeira Revolução Industrial, os institutos clássicos de direito dos contratos não se adequaram na mesma proporção, o que ensejou a criação de um ambiente favorável a práticas abusivas por parte dos fornecedores (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 3).

Em vista da despersonalização das relações de consumo, o mesmo fenômeno ocorre com o contrato – isto é, em virtude da falta de contato direto entre as partes contratantes, que mal se conhecem, não há qualquer negociação das suas cláusulas. Aliado a isto, a expansão das empresas e da complexidade das tomadas de decisão das grandes corporações fez necessária a uniformização dos contratos que celebram com o consumidor, a fim de facilitar o estabelecimento das relações de consumo com maiores vantagens ao fornecedor. Foi então que nasceu a figura das condições gerais do contrato e dos contratos de adesão (MIRAGEM, 2016, p. 49).

Insta destacar que o contrato de adesão é uma figura do direito moderno caracterizada por permitir que seu conteúdo seja constituído previamente por uma das partes

que contratam, de modo que não há discussão e negociação daquilo que dispõe o contrato. Dessa forma, a parte aceita em bloco as cláusulas que já estão formuladas – ou seja, o consentimento para a formação do contrato se dá por simples adesão do que já foi disposto pelo proponente (GOMES, 2008, p. 128).

Ao longo de todas as transformações a que a sociedade foi submetida, principalmente a chegar à denominação de sociedade de consumo, acentuou-se cada vez mais a figura do consumidor, antes denominado como simples comprador, cliente ou contratante, como vulnerável, tanto informacional quanto fática, técnica e juridicamente falando.

Quando se fala em vulnerabilidade, tal expressão deve ser entendida como a fragilidade do consumidor frente ao fornecedor, tanto no aspecto econômico e de poder aquisitivo, quanto às informações que são disponibilizadas pelo fornecedor ou ainda pela técnica de sua produção. A vulnerabilidade do consumidor está presente tanto na fase em que não há efetivamente o contrato, em que as informações são prestadas através da oferta, publicidade ou apresentação, quanto durante a contratação, em que se verifica a qualidade do serviço prestado ou do produto adquirido, e após a conclusão do contrato, fase em que podem surgir vícios ou defeitos (FILOMENO, 2012, p. 13).

Assim, a nova forma de produção capitalista e o surgimento da sociedade de consumo de massas fez ponderar que apesar de todos os homens serem considerados iguais, é possível que assumam posições desiguais nas relações econômicas e sociais que estabelecem entre si. Emergem duas posições distintas: a figura do agente econômico, o qual ocupa posição de destaque no processo de produção e fornecimento de produtos e serviços, e a do consumidor, cuja função precípua é a de consumir, seja adquirindo bens ou usufruindo de serviços por necessidade ou simples interesse (MIRAGEM, 2016, p. 50).

A posição do consumidor é claramente muito diferente da do fornecedor, o agente econômico em questão. A parte vulnerável (consumidora) é de fato o polo mais fraco, vez que não é capaz de discutir as cláusulas do contrato – ou aceita as condições do fornecedor ou desiste de contratar. A vulnerabilidade é, por assim dizer, inerente ao consumidor, um estado de risco da pessoa, podendo ser identificada em quatro tipos: vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e informacional (MARQUES, 2016, p. 326).

A vulnerabilidade técnica diz respeito à ausência de conhecimentos especializados do consumidor não profissional sobre o produto ou serviço o qual adquire ou utiliza – há presunção e a exigência, por outro lado, que o fornecedor detenha esse conhecimento sobre o que oferece. O consumidor profissional destinatário final do bem também pode ser

considerado vulnerável tecnicamente se não for possível aferir que detinha conhecimentos específicos sobre o bem ou serviço que contratou (MIRAGEM, 2016, p. 129).

A vulnerabilidade jurídica do consumidor, por outro lado, pressupõe a ausência de conhecimentos sobre os direitos e deveres próprios das relações que participa e das consequências jurídicas dos contratos que celebra. Essa característica é presumida em relação ao consumidor pessoa física, porém, quanto ao consumidor profissional ou pessoa jurídica, presume-se que tenha este tipo de conhecimento (MIRAGEM, 2016, p. 129).

Por outro lado, a vulnerabilidade fática ou socioeconômica do consumidor se concentra justamente na pessoa que ocupa o outro lado da relação contratual, o fornecedor, que pelo fato de açambarcar poder econômico e conhecimento jurídico, ou ainda por ofertar serviço ou bens essenciais, faz sentir a sua superioridade através do estabelecimento de cláusulas no contrato que o beneficiam, em detrimento da necessidade do consumidor de contratar (MARQUES, 2016, p. 333-334).

Bruno Miragem (2016, p. 130) aduz que a vulnerabilidade fática diz respeito a diversas situações, pois constitui espécie ampla – destacável é a econômica, quando o fornecedor detém maior porte econômico do que o consumidor. Há outros casos específicos que se referem a consumidores particulares, como a vulnerabilidade do consumidor-idoso, o qual, pelo fato de suas qualidades específicas, pode ter maior suscetividade ao que impõem os fornecedores.

Por fim, a vulnerabilidade informacional é espécie inerente às relações de consumo, sendo a maior causa do desequilíbrio enfrentado pelos consumidores, pois que os fornecedores são os que detêm a informação. Em um mundo cada vez mais visual e rápido, a carência de informação a que está submetido o consumidor já estaria englobado no conceito de vulnerabilidade técnica – no entanto, a fim de que fosse frisada como fator de ainda maior desequilíbrio nas relações de consumo, Claudia Lima Marques optou por incluir como nova categoria (MARQUES, 2016, p. 338-339).

A importância do acesso à informação, cuja falta resulta na inerência da vulnerabilidade informacional do consumidor nas relações de consumo, é cada vez mais reconhecida pela sociedade e pelo direito – bons exemplos disto foram a regulação da publicidade do tabaco e medicamentos, e o direito do consumidor de obter informações sobre a transgenicidade de certo produto ou ingrediente no mercado de consumo (MARQUES, 2016, p. 340). O dever de informação e o acesso a esta serão melhores abordados mais adiante, no item 2.4.

2.2 Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor à tutela pelo CDC

Ciente da condição do consumidor nas relações que estabelece com o fornecedor, o movimento consumerista caminhou junto com os movimentos sindicais, sobretudo a partir da segunda metade do século XIX, em busca de melhores condições de trabalho e de poder aquisitivo. Apesar disso, separaram-se, no contexto da história norte-americana, com a criação da “Consumer League”, em 1891, que evoluiu para a “Consumer Union”, como é conhecida hoje, nos Estados Unidos, que atua na conscientização dos consumidores e no ajuizamento de ações judiciais (FILOMENO, 2012, p. 4-5).

Foi um discurso proferido pelo então presidente dos Estados Unidos, John F. Kennedy, em 15 de março de 1962, que ficou conhecido como o dia internacional do consumidor, o marco inicial da discussão sobre direito do consumidor como um desafio importante para o mercado. Destacou-se o papel que cada indivíduo, que deve ser considerado como consumidor, exerce nesse cenário econômico, e quais são os seus direitos legítimos (MARQUES, 2013, p. 32).

Inspirada no discurso proferido pelo presidente norte-americano, a Organização das Nações Unidas, através da Resolução nº 39/348, em 1985, estabeleceu uma política geral de proteção ao consumidor, evidenciando os seus interesses e a necessidade da garantia de seus direitos em todos os Estados filiados (FILOMENO, 2012, p. 6). Dessarte, estabeleceu o direito do consumidor como um direito humano de nova geração à medida em que dispôs sobre diretrizes a esta legislação para que se efetivasse como um direito social e econômico, a fim de assegurar a igualdade material do mais fraco e leigo e dos empresários, fornecedores de produtos e serviços, detentores da informação e da técnica de produção dos bens de consumo (MARQUES, 2013, p. 32).

Em síntese, a resolução de 1985 da ONU reconheceu o desequilíbrio enfrentado pelo consumidor dada a sua capacidade econômica, nível de educação e poder de negociação para com o empresário-fornecedor. Em face disso, promoveu a proteção quanto aos prejuízos à sua saúde e segurança e a seus interesses econômicos, o fornecimento de informações adequadas, a educação entre os consumidores e a garantia da liberdade de formação de instituições de relevância para que interviessem em certos processos de decisão (FILOMENO, 2012, p. 6).

Regionalmente, a ONU estabeleceu as “recomendações e conclusões do seminário regional latino-americano e do Caribe sobre proteção do consumidor”, logo depois, em 1987, a fim de se adequar a Resolução nº 39/348 aos aspectos particulares da América Latina (FILOMENO, 2012, p. 6-7).

É de se ressaltar, neste íterim, que o surgimento do direito do consumidor ganhou espaço nos Estados Unidos, nos países da Europa e nas demais nações capitalistas facilmente, já que é um direito social típico das sociedades capitalistas industrializadas. No Brasil, no entanto, chegou de maneira mais devagar e incipiente (MARQUES, 2013, p. 32).

Neste sentido, em nosso país, o início da codificação dos direitos dos consumidores ocorreu com a Constituição Federal de 1988. Dispôs, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que caberia ao Congresso Nacional, no prazo de cento e vinte dias a contar da promulgação da Constituição, elaborar um código para a tutela do consumidor, que ocorreu em 1990, com a Lei nº 8.078 – conhecida como Código de Defesa do Consumidor (MARQUES, 2013, p. 33).

O direito do consumidor se estabeleceu, dessa forma, como o conjunto de normas e princípios que almejam o cumprimento de três mandamentos dados pela Constituição: promoção da defesa dos consumidores, observância como princípio da atividade econômica a defesa do sujeito de consumo e a sistematização dessa tutela especial através de lei infraconstitucional, a reunir normas de direito público e privado para a tutela do consumidor como sujeito de direitos e garantias (MARQUES, 2013, p. 33).

Há de ser considerado, pois, como um microsistema, em vista de que ser código é ser um sistema lógico e disposto segundo princípios, com seus próprios objetivos a serem perseguidos por lei estabelecidos em seu art. 4º (MARQUES, 2013, p. 57).

A coordenação a que é disposto o código é essencial para que seja concebido como um sistema: em primeiro lugar, dispõe sobre os direitos básicos do consumidor, em seu art. 6º, deveres a que o fornecedor deve observar para garantir a qualidade dos produtos e serviços, prevenção e reparação de danos, nos arts. 8º, 9º e 10, e a responsabilidade civil por fatos e vícios dos produtos e serviços, nos arts. 12 a 28. Além disso, o código ainda atinge outras tutelas para a garantia de sua efetividade, como no que concerne à proteção do consumidor nos contratos que firma com o fornecedor (ALMEIDA, 2009, p. 38).

O Código de Defesa do Consumidor dispõe, em seu art. 1º, que a Lei nº 8.078/1990 é uma norma de ordem pública e interesse social – mesmo que não possua posição hierárquica superior às demais leis ordinárias, ser atribuída como tal revela seu caráter preferencial em relação a elas. Além disso, infere-se que, por tratar de um direito constitucional fundamental, retira a possibilidade das partes afastarem a sua aplicação (MIRAGEM, 2014, p. 68-69).

O caráter de ordem pública e interesse social revela também que o código é norma de função social que possui regras tanto de direito privado de ordem pública quanto de direito

público. Impossível o afastamento de sua aplicação através de contratos, já que visa à proteção dos consumidores (MARQUES, 2013, p. 66).

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor, apesar de ser formalmente uma lei ordinária porque não aprovado sob a forma de código ou lei complementar, é aplicado de maneira imperativa nas relações jurídicas sob a égide do direito privado, antes baseadas no princípio da autonomia da vontade (MARQUES, 2013, p. 66-67).

Em suma, pode-se concluir que a norma regulamentadora de aplicação às relações consumeristas é lei de função social, que se caracteriza por estabelecer valores orientadores da sociedade de consumo, assegurar direitos a um grupo social específico e impor deveres a pessoas que desempenham determinado papel da sociedade, que são considerados capazes de suportar certos riscos. Ademais, por terem esse viés social, as leis de função social já sobrevêm com a missão de transformar a sociedade e conduzi-la a um novo patamar de harmonia e respeito nas relações sociais, com abordagem interdisciplinar e ampla (MARQUES, 2013, p. 69-70).

2.3. Princípio da boa-fé e do equilíbrio nas relações consumeristas

Um dos princípios fundamentais do direito privado em geral, o princípio da boa-fé representa o coração do Código de Defesa do Consumidor, tendo previsão expressa no art. 4º, III, do código, devendo ser aplicada tanto pelo juiz quanto ser observada pelas partes na fase preliminar ao contrato, durante a contratação e após a sua conclusão, conforme dispõe o Enunciados nº 25 e 170 nas Jornadas de Direito Civil (TARTUCE, 2016, p. 44).

Com a sucessão do novo paradigma das relações no contexto da sociedade de massa, Claudia Lima Marques (2016, p. 220-221) assevera que a ciência do direito propõe o reforço do princípio geral da boa-fé, que é impositivo a todas as relações negociais que se estabelecem na modernidade.

Há de se distinguir a boa-fé objetiva da subjetiva, vez que esta não deve ser considerada como princípio jurídico, mas um estado psicológico conferido à pessoa e que pode ser estabelecido como pressuposto à produção de efeitos jurídicos em determinada norma. Dessa forma, boa-fé subjetiva se refere à falta de conhecimento sobre determinado assunto ou de intenção em prejudicar (MIRAGEM, 2016, p. 145).

O princípio da boa-fé objetiva, por outro lado, deve ser entendido como a necessidade da observância do respeito e lealdade entre duas partes que estabelecem relação jurídica, ao exigir também o dever de correção, fidelidade e respeito às expectativas do outro.

Decorre desse entendimento a ideia da vedação da atuação jurídica egoísta, vez que devem ser levados em conta não só os direitos individuais de um contratante, mas também os interesses legítimos alheios (MIRAGEM, 2016, p. 145). Significa uma atuação por parte do indivíduo pensando no outro, ou seja, no sentido de considerar seus interesses e suas expectativas, agindo com lealdade a fim de alcançar o fim das obrigações e os anseios das partes (MARQUES, 2016, p. 222).

Devido ao papel extremamente relevante nas relações jurídicas, o princípio pressupõe diversas funções à nova teoria contratual: criadora, porque gera novos deveres especiais de conduta, chamados de deveres anexos, como o dever de informar e de cooperação; limitadora, em razão de impor restrições ao exercício de certos direitos subjetivos, e interpretadora, vez que induz à interpretação dos contratos de acordo com a observância de seus preceitos (MARQUES, 2016, p. 221).

Exige-se a noção de contrato como algo não estático, mas dinâmico, vez que a abrangência do princípio da boa-fé se dá desde a formação do vínculo contratual, como a oferta de produtos ou serviços de forma clara, até a sua extinção, com a observação de certos deveres (MIRAGEM, 2016, p. 221).

A aplicação do princípio é claramente observado em todo o CDC, como quando confere de maneira expressa o direito à saúde e à segurança ao consumidor ou quando restringe a liberdade de contratar e a prática de determinados direitos pelas partes. Dessa forma, tal princípio, além de sua irreverência nas relações negociais regidas por todo o direito privado, na esfera consumerista atua como preceito da tutela dos vulneráveis, a que se destina o código, a fim de evitar a conduta abusiva do fornecedor (MIRAGEM, 2016, p. 147).

Infere-se que é o princípio da boa-fé objetiva no direito do consumidor, nos dizeres de Claudia Lima Marques (2016, p. 225), linha teleológica de interpretação e cláusula geral, vez que influi no Código de Defesa do Consumidor diversos deveres anexos às relações de contrato que se estabelecem, como o dever de informar, de cooperar e de cuidado.

Da mesma forma que o princípio da boa-fé, é basilar ao direito do consumidor a adoção do princípio do equilíbrio econômico, previsto também na norma contida no art. 4º, inciso III, do código, que preza pela igualdade entre prestação e contraprestação do contrato feito entre fornecedor e consumidor, à efetivação da justiça no que concerne à relação contratual (BESSA, 2013, p. 359).

Muitos dos dispositivos do código transparecem o objetivo do equilíbrio econômico do contrato, como quando pressupõe como direito básico do consumidor a possibilidade de alteração de cláusulas do contrato que sustentem prestações desproporcionais entre as partes,

de acordo com o art. 6º, inciso V, ou ainda a vedação de cláusulas contratuais que ponham o consumidor em desvantagem exagerada, consoante o art. 51, inciso IV, entre outras disposições do CDC (BESSA, 2013, p. 359-360).

Há na doutrina discussão sobre a autonomia do princípio do equilíbrio econômico: se pode ser considerado como decorrente do princípio da boa-fé ou não (BESSA, 2013, p. 360). Este embate decorre da noção de que, pelo fato da boa-fé objetiva prezar pelo alcance dos legítimos interesses de cada contratante, seja fornecedor ou consumidor, também o faz na medida em que as prestações concernentes a cada um devem corresponder entre si, pois interdependentes (MARQUES, 2016, p. 291).

Embora o princípio fale em “equilíbrio econômico”, reduzir a análise apenas econômica do contrato seria limitar a noção da equidade contratual à que visa todo o código e o próprio princípio da boa-fé objetiva. Para a efetivação da igualdade entre dois contratantes, inclusive a fim de proteger as expectativas das partes que celebram um contrato, é necessário uma abordagem ampla das obrigações que se submetem e um tratamento digno da posição que ocupam na sociedade de consumo (MARQUES, p. 290).

2.4. A tutela da informação e seu reconhecimento como direito fundamental do consumidor

Claudia Lima Marques (2016, p. 874) afirma que, na teoria contratual, o dever de informar foi desenvolvido por meio da teoria alemã chamada “Nebenpflicht”. Segundo esta, há deveres acessórios que decorrem do princípio da boa-fé, instrumentais ao desempenho da obrigação – chamados de deveres anexos ou laterais – dentre os quais se encontra o dever de informar. No Código de Defesa do Consumidor, este passa a ter *status* de dever básico para as relações de consumo, verdadeira obrigação a ser observada pelos fornecedores, a fim de que se alcance a harmonia e a transparência no vínculo fornecedor-consumidor.

Em face da presunção de vulnerabilidade jurídica atribuída ao consumidor, ao direito restou a missão de perseguir o equilíbrio das relações de consumo. Assumiu, neste ínterim, o acesso à informação posição indispensável ao consumidor para que possa dispor livre e dignamente o seu direito de escolha, principalmente quando se está falando no contexto de uma sociedade de consumo marcada pela publicidade massificada (LÔBO, 2001, p. 60)

O direito à informação tem caráter individual e coletivo, pois que abarca interesses particulares e sociais. Constitui, inclusive, direito subjetivo, oponível em face do Estado e do

particular, haja vista que é essencial ao ser humano e constitui um dos pilares do Estado democrático (BARBOSA, 2008, p. 46).

Dessarte, não está o direito do consumidor à informação restrito às leis infraconstitucionais, pois integra também as cartas constitucionais como um direito fundamental. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 previu tanto a necessidade da defesa dos direitos do consumidor expressamente no inciso XXXII de seu art. 5º, que trata dos direitos fundamentais, quanto o acesso à informação no inciso XIV (LÔBO, 2001, p. 60) – isto decorre do fato de que o consumidor não pode ser considerado somente em sua esfera econômica (BARBOSA, 2008, p. 47, 50), mas inserido em um contexto muito maior e complexo.

A informação no âmbito das relações de consumo é mais do que necessária, mas fundamental à persecução do equilíbrio contratual. Em um contexto de contratação em massa, em que carece ao consumidor conhecimento técnico sobre os produtos e serviços que contrata, a informação adquire posição de urgente tutela do direito, pois é capaz de desenvolver a confiança no consumidor de que o que contrata é verdadeiro e seguro (BARBOSA, 2008, p. 53-54).

Nesse sentido, é de se destacar que de certo modo a produção em série dá lugar às técnicas de comercialização para o fomento do desejo de consumir – tais como a publicidade, que será melhor abordada ao longo deste trabalho. É essencial que se tenha em mente o quão importante é o papel da comunicação nas relações de consumo, vez que é por meio dela que se cria a própria essência dessas ligações (BARBOSA, 2008, p. 55).

Tanto é verdade a importância do direito à informação que o CDC o impôs como direito básico dos consumidores, a fim de que se garanta o ressurgimento da liberdade de contratar e da liberdade de escolha de com quem contratar, em vista do desequilíbrio das relações de consumo e da vulnerabilidade do consumidor leigo em face do fornecedor *expert* (MARQUES, 2013, p. 72).

O art. 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor aduz que é direito básico do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”. Tais requisitos implicam na essência do negócio, regendo-o antes, durante e após a conclusão de eventual contrato, vez que a informação prestada pelo fornecedor integra o próprio negócio que venha a celebrar com o fornecedor ou, ainda, pode representar a falha na qualidade do produto ou do serviço (MARQUES, 2013, p. 73).

Destaca Claudia Lima Marques (2013, p. 73) que o direito do consumidor à informação referido no inciso III do art. 6º do CDC reflete em vários outros dispositivos ao longo do código, como quando trata da responsabilidade do fornecedor quanto a fato ou vício do produto ou do serviço (arts. 12, 14, 18 e 20), da oferta (arts. 30 e 31) ou da proteção contratual (arts. 46 e 54). Além disso, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) adicionou um parágrafo único ao próprio art. 6º do CDC, sustentando a necessidade de que as informações prestadas aos consumidores também sejam acessíveis às pessoas com deficiência (TARTUCE, 2016, p. 45).

O dever de informar pressupõe certos requisitos interligados, cuja ausência implica em seu descumprimento: adequação, suficiência e veracidade. O pressuposto da adequação se refere à relação do meio de informação que se utiliza, o conteúdo do produto ou do serviço e ainda o consumidor destinatário típico. Os meios utilizados, como imagens e sons, devem ser claros e precisos, de forma que o consumidor tenha plena compreensão do conteúdo da informação (LÔBO, 2001, p. 66).

O idioma a ser utilizado para a veiculação da informação deve ser o vernáculo, não importando que seja usado algumas palavras em língua estrangeira, desde que se possa considerar que o consumidor já esteja acostumado com a sua utilização (BARBOSA, 2008, p. 62). Além disso, toda informação que possa importar riscos ou encargos ao consumidor deve ser destacada, de forma que chame a sua atenção (LÔBO, 2001, p. 66).

O segundo requisito ao dever de informação é o da suficiência, que está relacionada à completude e integralidade da informação, seja esta vantajosa ou não ao consumidor. Diz-se que a informação é insuficiente também, por exemplo, quando são omitidas de forma proposital as consequências de certo produto, como por causa de incerteza quanto ao seu conhecimento científico ou tecnológico (LÔBO, 2001, p. 67).

Por fim, o terceiro requisito é a veracidade da informação, que será verificável quando houver equivalência entre a realidade das características do produto e do serviço e aquilo que foi veiculado pelo fornecedor. Tanto é pressuposto do dever de informação que qualquer publicidade inverossímil ou parcialmente verdadeira é considerada enganosa (LÔBO, 2001, p. 67-68).

O meio a ser utilizado pelo fornecedor para difundir a informação sobre seus produtos e serviços não tem rigor formal, e por isso são considerados meios capazes de se espalhar informação todos os que estiverem ao seu alcance, como a publicidade, mecanismos de oferta, cartazes, rótulos de produtos, embalagens, ou qualquer outro instrumento (MIRAGEM, 2016, p. 216).

O estímulo incessante ao consumo por parte das técnicas avassaladoras de comercialização de produtos e serviços implica imprescindibilidade de uma legislação mais eficaz quanto à oferta para a tutela dos consumidores, que passaram a ser todas as pessoas sujeitas a qualquer tipo de tratamento por parte dos detentores da informação (BARBOSA, 2008, p. 67).

Dessa forma, é de se observar o destaque do direito à informação como direito fundamental previsto na Constituição Federal e direito básico do consumidor, cuja repercussão prática atinge todas as relações de consumo e visa à promoção de uma equidade informacional entre as partes: de um lado, o consumidor leigo, carente de técnica e informação dos produtos e serviços postos no mercado de consumo, e de outro, o fornecedor que detém a informação de seus próprios produtos e serviços (MIRAGEM, 2016, p. 216).

2.5. Oferta e publicidade

Como já abordado anteriormente, cada vez mais a sociedade de consumo vem sendo seduzida por novas e mais efetivas técnicas de comercialização a fim de garantir um público apto a consumir. Por outro lado, as informações técnicas, sobre riscos e consequências dos produtos e serviços, concentram-se na figura do fornecedor, a parte não vulnerável da relação jurídica de consumo.

O CDC, em seu art. 30, fala sobre “toda informação ou publicidade” como expressões distintas – isso não decorre do fato de que são precisamente diversas uma da outra, mas que a publicidade veicula uma informação, enquanto nem toda informação é considerada publicidade. A informação é, em realidade, mais ampla do que a publicidade, já que abrange todo tipo de anúncio, como os de televisão ou rádio, qualquer fala ou resposta das pessoas que representam o fornecedor na venda do produto ou serviço, e ainda os dados técnicos contidos em embalagens e rótulos – corresponde a qualquer informação escrita, verbal ou por meio de gestos que chegue até o consumidor (NUNES, 2013, p. 468).

A publicidade goza de uma natureza eminentemente econômica, cuja importância no mercado e em vista de efetivar a competição entre os fornecedores foi concretizada no período após a Segunda Guerra Mundial, marcado pelo desenvolvimento da indústria e dos meios de comunicação. Nesse contexto, passaram a ser estudadas melhores técnicas para se chegar a um maior número de consumidores e de maneira mais efetiva (DIAS, 2013, p. 33).

Dessarte, em um primeiro momento, a publicidade refletia sua função fundamental de levar conhecimento ao público sobre as informações de determinado produto ou serviço. À

medida em que houve o desenvolvimento de uma sociedade massificada e da competição entre empresas fornecedoras, passou a se apresentar como instrumento essencial de concorrência – ou seja, a publicidade hoje é figurada não somente por seu caráter informativo, mas também pela sua função persuasiva, de tornar o produto ou serviço atrativo (DIAS, 2013, p. 27), de forma que o consumidor se sinta convencido a adquiri-lo.

Tal é a posição da publicidade na sociedade de consumo que se pode dizer que ganhou característica de onipresença, já que está em todos os lugares, seja nos veículos de comunicação social, como no rádio, na televisão e no cinema, quanto em vias públicas, em *outdoors*, nos esportes, no teatro, e tantos outros lugares. É impossível que o homem consiga fugir dessa técnica de veiculação de informações (BENJAMIN, 1994, 26-27).

Dessa forma, a publicidade, como tipo de informação, aparece e tem relevância jurídica no período pré-contratual, em que não há efetivamente contrato, e principalmente como forma de oferta ao público em relação a produtos e serviços os quais o fornecedor quer mostrar atrativos e estimular à contratação. Consoante Barbosa (2008, p. 135), é a publicidade modalidade de informação anterior ao contrato, momento configurador da relação de consumo.

Não se pode considerar que toda publicidade é necessariamente integrante de uma oferta – muitas vezes não divulga informações sobre um produto ou um serviço, como em alguns casos de *merchandising*, em que há apenas a sua exibição. O mesmo se pode dizer quanto a oferta que não é publicidade: a exposição de produtos em vitrines de lojas ou em máquinas automáticas (de salgados ou de café, por exemplo), nos rótulos de embalagens, entre outras formas de se estabelecer a relação de consumo (DIAS, 2013, p. 74).

Portanto, há de ser destacado que não constitui a publicidade em única forma de oferta ao público. Esta será configurada quando for veiculada por qualquer meio capaz de atingir o conhecimento dos consumidores. Esta divulgação aos consumidores não exige um modo específico, podendo ser feita tanto pelo fornecedor diretamente ou através de publicidade (MIRAGEM, 2016, p. 261).

A publicidade é, ainda, apenas uma das modalidades de *marketing*, cujo conceito abarca todas as atividades comerciais a fim de efetivar a circulação de bens e serviços, desde a sua produção até o consumo final. Estão envolvidas nas ferramentas do *marketing* os descontos e reduções de preços através de bonificações e programas de fidelidade, liquidações, selos de troca, cupons de desconto, entre outras ações promocionais (DIAS, 2013, p. 24-25).

Dessa forma, apesar de que o CDC tenha voltado suas atenções à publicidade, é de se destacar que tutela o consumidor contra qualquer ferramenta de *marketing* que seja desleal, enganosa ou abusiva (DIAS, 2013, p. 25).

A Constituição Federal outorgou, quanto ao fenômeno publicitário, tanto proteções quanto limitações. Garantiu à prática da publicidade o livre exercício de qualquer atividade econômica, como fundamento da ordem econômica, bem como a liberdade de expressão e de informação. Por outro lado, as restrições são refletidas principalmente quanto à publicidade de produtos potencialmente prejudiciais à saúde e segurança dos consumidores ou cuja utilização dê causa a consequências nocivas – ou seja, em tudo aquilo que não seja compatível com o exercício da livre iniciativa com os direitos dos consumidores, previsão inserta no art. 170, inciso V, do texto constitucional (DIAS, 2013, p. 37-38).

Apesar disso, não há qualquer dever legal inculcado ao fornecedor para que anuncie seus produtos ou serviços. O dever imposto corresponde ao de informar o consumidor, não necessariamente através de publicidade. Por conseguinte, não é a publicidade dever, mas um direito, cujos riscos serão arcados pelo anunciante, não havendo qualquer sanção quanto à ausência de publicidade, mas sim à publicidade que não tenha informações ou que traga informação deficitária. As duas únicas exceções se referem ao dever de anunciar *a posteriori*: quando há conhecimento pelo fornecedor dos riscos do produto ou serviço após a veiculação da publicidade e no caso de contrapropaganda (BENJAMIN, 2013, p. 252) – que será examinada adiante.

Dessa forma, a publicidade como modalidade de oferta, os princípios que regem seu exercício e a sua vinculação nas relações de consumo serão analisadas nos próximos itens.

2.5.1 Diferenciação entre publicidade e propaganda

Antes de adentrar mais a fundo no tema da oferta publicitária no Código de Defesa do Consumidor, cabe traçar a diferenciação entre as expressões publicidade e propaganda.

Publicidade vem da palavra latina *publicus*, que se refere à propagação geral de algo. No aspecto do mercado, o vocábulo é conceituado como o meio através do qual são divulgados produtos e serviços com o fim de se estimular o consumo, levando aos destinatários da mensagem (consumidores) conhecimento acerca do objeto de produção dos fornecedores (DIAS, 2013, p. 21).

São dois os elementos que compõem a publicidade: difusão e informação. A difusão é o elemento material, já que o que é divulgado deve chegar ao conhecimento do público,

enquanto a informação constitui sua finalidade – é por meio dela que o consumidor tem conhecimento sobre aquilo que se quer veicular (BENJAMIN, 2013, p. 253).

Tem a publicidade um objetivo econômico evidente, pois que seu propósito é incentivar o ânimo para consumir e fazer suscitar seu interesse – é diferente do que somente tornar o produto de conhecimento geral. Por esta razão o CDC regulamentou tal prática a fim de refrear eventuais abusos pelos fornecedores (DIAS, 2013, p. 21).

A propaganda, por outro lado, possui um objetivo ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social, cujo patrocinador nem sempre é identificado, diferentemente da publicidade (BENJAMIN, 2013, p. 254).

Em síntese, o que diferencia a publicidade da propaganda é a finalidade: enquanto esta está ligada à difusão de ideias a fim de influenciar os destinatários da mensagem a determinado sistema ideológico, aquela almeja estimular o consumo, tornar um nome ou uma marca conhecida, ou ainda difundir um estilo de vida (DIAS, 2013, p. 23).

Há autores, no entanto, que entendem que publicidade e propaganda devem ser tratadas como sinônimos, como Rizzatto Nunes. Isto porque não traça a Constituição Federal distinções, ora falando de “propaganda” (art. 220, § 3º, inciso II), ora “propaganda comercial” (art. 22, XXIX e art. 220, § 4º) sem diferenciar as duas expressões. Dessa forma, não haveria problema em considerá-las como sinônimos, vez que nem sequer o texto constitucional traçou as diferenças (NUNES, 2013, p. 500-501).

2.5.2. Destinatários da mensagem publicitária

O Código de Defesa do Consumidor tutela tanto o consumidor efetivo das relações de consumo, ou seja, “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (art. 2º, *caput*, CDC) quanto “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (parágrafo único do mesmo artigo).

A equiparação de terceiro a consumidor também aparece no art. 17, quando são considerados consumidores também todas as vítimas de acidente de consumo por fato de produto ou serviço, e no art. 29, quando também são equiparados a consumidores as pessoas, determináveis ou não, que estão expostos às práticas previstas nos Capítulos V e VI do código, quais sejam, sobre as práticas comerciais e proteção contratual (DIAS, 2013, p. 51).

Ou seja, o exercício da publicidade, prevista no CDC como prática comercial, abrange não somente os consumidores diretos quanto aos produtos e serviços veiculados, mas

também os consumidores em potencial, à medida em que a proteção do código se dá de forma preventiva. É por esta razão que o art. 29 também tutela aqueles que não são os efetivos consumidores daquilo que é veiculado, mas que podem vir a ser, justamente por serem o público-alvo da mensagem publicitária (DIAS, 2013, p. 51-52).

2.5.3 A autorregulamentação publicitária

A publicidade é considerada como atividade lícita mas não ilimitada, haja vista que se pode se submeter a um controle estatal por meio de legislação, ou ainda por um controle privado, através de autorregulamentação dos próprios agentes que atuam na prática publicitária. No Brasil, o que impera é o sistema misto, vez que tanto o controle por parte do Estado quanto pelos agentes privados convivem a fim de evitar eventuais abusos (DIAS, 2013, p. 39).

O CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária) foi fundado logo após a instituição do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária³, em 1980, tendo como funções fundamentais o recebimento de denúncia pelos consumidores, autoridades, associados ou membros da diretoria contra qualquer anúncio em ambiente publicitário, possuindo competência inclusive à aplicação de sanções administrativas (FADEL, 2004, p. 153-154).

Lucia Ancona Lopes de Magalhães Dias (2013, p. 39-41) destaca a relevância do controle também privado da prática publicitária, já que, embora não tenham as decisões do CONAR força coercitiva decorrente da lei, são as suas recomendações respeitadas pelos agentes do mercado e profissionais, a fim de que haja, ao mesmo tempo, garantia da liberdade de expressão comercial e ética da atividade publicitária e defesa dos interesses e garantias dos anunciantes e dos consumidores.

Nesse sentido, o Código de Autorregulamentação Publicitária está em harmonia com o texto legal do Código de Defesa do Consumidor, pois que tem como pressuposto o princípio geral da boa-fé objetiva e seus princípios derivados (FADEL, 2004, p. 161). Apesar disso, é importante frisar que o descumprimento de suas decisões são resolvidas como

³ O Código de Autorregulamentação Publicitária é um documento assinado por entidades representativas do mercado brasileiro de publicidade, quais sejam: Abap (Associação Brasileira das Agências de Propaganda), ABA (Associação Brasileira de Anunciantes), ANJ (Associação Nacional de Jornais), Abert (Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão), Aner (Associação Nacional de Editores de Revistas) e pela Central de Outdoor). Almeja a manutenção de normas éticas no ramo publicitário (FADEL, 2004, p. 153), e serve como instrumento do CONAR, que é uma sociedade civil sem fins lucrativos, para fiscalizar a publicidade ética no Brasil (DIAS, 2013, p. 40).

inadimplemento, enquanto a não observância das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, fundamentadas nas normas consumeristas, implicam na utilização de providências para assegurar as medidas necessárias (MIRAGEM, 2016, p. 292).

E mais: diante do fato de que o CONAR é uma entidade privada que representa o setor de comunicação social e publicidade, suas decisões não obrigam aqueles que não são signatários de tal sistema de controle. Inclusive, não possui o condão de exercer poder de polícia, a fim de fiscalizar a atividade publicitária e a colocação dos produtos e serviços no mercado de consumo (DIAS, 2013, p. 41).

Em suma, infere-se que não é possível o controle efetivo da atividade publicitária como oferta ao público exclusivamente na esfera privada, apesar de sua relevância, vez que, à garantia dos direitos dos consumidores, mostra-se deficiente. Assim, o modelo misto adotado no Brasil é a melhor forma de regulação da questão.

2.6 Principiologia frente ao fenômeno publicitário

Como já foi analisado no item 2.3, exerce o princípio da boa-fé objetiva papel central nas relações de consumo, pois que deve permear a conduta das partes tanto na fase anterior ao contrato, quanto durante e após a sua conclusão, criando ainda deveres anexos a serem seguidos tanto pelo fornecedor quanto pelo consumidor.

Por ser princípio máximo que guia as relações de consumo, no que concerne ao fenômeno da publicidade, revela-se também em outros subprincípios, dentre os quais se destacam os abordados nos itens a seguir⁴.

2.6.1 Princípio da identificação da mensagem publicitária

O art. 36 do Código de Defesa do Consumidor, em seu *caput*, afirma que “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. Esta afirmação consolida o que se vem a entender pelo princípio da identificação da mensagem publicitária, de forma que somente é lícita quando o consumidor consegue identificá-la certamente como publicidade (BENJAMIN, 2013, p. 260).

⁴ Além dos mencionados neste item, os quais são mais relevantes à compreensão do tema de trabalho, é importante afirmar que alguns doutrinadores abordam ainda outros princípios norteadores da atividade publicitária, como é o caso de Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias (2013, p. 86-99). Consoante a autora, a publicidade também deve observar os princípios da não abusividade, da inversão do ônus da prova e da não captura (abusiva) do consumidor.

Isto é, o fornecedor, no exercício da atividade de anunciar produto ou serviço, deve se atentar a veicular publicidade de modo que possa o público identificá-la, apartá-la das outras informações que possam também ser veiculadas pelo mesmo meio de divulgação. Dessa forma, nasce a necessidade de que a publicidade seja caracterizada como tal, que tenha elementos que a façam ser claramente distinta do resto da programação – a depender do meio de veiculação da mensagem (MIRAGEM, 2016, p. 271-272).

Em vista deste princípio se utilizam as vinhetas na televisão, a chamada pelos locutores ou o anúncio expresso de que se trata de patrocínio no rádio, e ainda, se a publicidade constar em meios impressos, a sua distinção pelo realce de letras, tipos e cores (MIRAGEM, 2016, p. 272).

O tema também é objeto do art. 28 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, a saber: “O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação”. Da mesma forma é recepcionado pela Diretiva da Comunidade Europeia 1989/552/CEE⁵, a qual trata sobre a necessidade de fácil reconhecimento e distinção do conteúdo editorial por parte da publicidade televisiva, bem como por muitas outras legislações dos seus Estados-membros, como da Espanha, de Portugal e da Itália (DIAS, 2013, p. 63-64).

Ao instituir tal dever, o CDC impõe que a mensagem publicitária deverá ser de fácil e imediata identificação – ou seja, não se deve exigir que o consumidor possua um alto nível de conhecimento. O discernimento se se trata de publicidade ou não deve ser feito no momento em que a publicidade é veiculada, de pronto, de forma que não haja condições que pense versar sobre algo além do que a própria publicidade (MIRAGEM, 2016, p. 272).

A razão de ser de tal princípio é resguardar o consumidor dos efeitos de persuasão que decorrem da publicidade sem que consiga se defender, vez que a mensagem publicitária camuflada, isto é, que não é facilmente identificada como tal, pode intensificar tal efeito no público (DIAS, 2013, p. 65).

Há tipos de publicidade que violam categoricamente o princípio da identificação da publicidade, quais sejam, a publicidade dissimulada, a clandestina e a subliminar.

A publicidade dissimulada, também conhecida pelo nome de publicidade redacional, é aquela que se parece com reportagem, porém tem por finalidade a promoção de um produto, um serviço, ou ainda o nome de uma empresa (PASQUALOTTO, 2015, p. 502). Embora pareça ser uma informação neutra, que faz parte do conteúdo normal programado por aquele

⁵ A Diretiva da Comunidade Europeia 1989/552/CEE é instrumento jurídico da União Europeia que aborda o exercício da atividade de radiodifusão televisiva (DIAS, 2013, p. 64).

veículo de comunicação, tem um fim oculto ao consumidor. Nesse sentido, para que o anunciante aja de acordo com o dever de identificação da mensagem publicitária, basta que alerte o seu caráter publicitário (MIRAGEM, 2016, p. 272).

De outro lado, a mensagem clandestina, que hoje também é chamada de *merchandising* de forma errônea, já que no *marketing* tem significado diverso (BENJAMIN, 2013, p. 260), consiste na inserção de um produto, serviço ou marca em programas de televisão, cinemas ou séries filmadas, como se fizesse parte do roteiro e de maneira espontânea. Faz-se a promoção da marca ou da empresa relacionando-a com as personagens e ambientação ou de outro modo na programação televisiva (PASQUALOTTO, 2015, p. 502).

Não há proibição do *merchandising* de forma expressa pelo CDC. Todavia, é certo que deve se adequar às normas principiológicas do código, e em especial ao princípio aqui abordado. Antonio Herman V. Benjamin (2013, p. 261) entende que a melhor forma seria a informação antecipada à publicidade de que naquela veiculação televisiva, seja no programa, na novela ou no filme, será utilizada a técnica do *merchandising*. Adverte ainda que esta solução não transgrediria a necessidade da identificação imediata, vez que a sua razão de ser visa evitar a identificação posterior. Em alguns casos, ainda, que o programa fosse fragmentado, deveria ser veiculada a informação quantas vezes fosse necessária, e também no final de cada bloco.

Dessarte, não se pode dizer que todo *merchandising* é publicidade clandestina, já que, se o consumidor é capaz de identificá-la e fazer distinção em relação ao conteúdo programático, o anunciante está cumprindo com o dever da identificação. É o que acontece com a publicidade de palco – expressão utilizada para designar a publicidade feita ao longo do próprio programa de televisão, que faz parte da sua própria programação, não dos intervalos comerciais. Nestes casos, é passível de identificação pelo consumidor a mensagem publicitária pelo emprego até de ironia ou humor pelos apresentadores de televisão (MIRAGEM, 2012, p. 384).

A mensagem subliminar pode ser caracterizada como aquela que almeja influenciar o consumidor de maneira inconsciente com a utilização de tecnologias adequadas (PASQUALOTTO, 2015, p. 502). Este tipo de publicidade não é objeto expressamente de proibição, no entanto, é certo que esta decorre dos deveres de lealdade e transparência previstas pelo CDC (DIAS, 2013, p. 243).

Há de ser destacado ainda o *teaser*, que consiste, conforme o § 2º do art. 9º do Código de Autorregulamentação Publicitária, na mensagem que almeja criar a expectativa e a curiosidade no público. O *teaser* é, em realidade, uma parcela da mensagem publicitária, e o

princípio da identificação se refere à totalidade desta. Dessa forma, não está afastado o princípio ao *teaser*, mas sua aplicação é feita após a veiculação da mensagem publicitária total, ou seja, na apresentação da parte final (BENJAMIN, 2013, p. 261).

2.6.2 Princípios da veracidade e da transparência da fundamentação

O princípio da veracidade da mensagem publicitária está presente em vários dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, principalmente a fim de coibir a publicidade enganosa. Encontra-se no art. 6º, quando se assegura a informação adequada e clara com especificações corretas (inciso III) e também quando visa à proteção contra as publicidades enganosa e abusiva (inciso IV). Também pode ser visto no art. 31, quando é imposto o dever de que a oferta e a apresentação de produtos e serviços se deem de maneira correta, clara, precisa e ostensiva quanto a suas características e seus riscos (DIAS, 2013, p. 69-70).

Pode-se dizer que o princípio da veracidade, dessarte, “informa o conteúdo da mensagem publicitária, estabelecendo que a mesma se componha exclusivamente de informações corretas e verdadeiras” (MIRAGEM, 2016, p. 274).

Não se está falando sobre uma obrigação de neutralidade da publicidade, uma vez que, como tem um objetivo econômico, sempre tenderá à visão do fornecedor. Entretanto, pelo dever de boa-fé e de lealdade imposto às relações de consumo, sempre terá a publicidade como limite o direito do consumidor à informação. É impossível admitir, dessa forma, que o fornecedor deixe de prestar informações elementares sobre o produto ou o serviço objeto da publicidade (MIRAGEM, 2016, p. 275).

Nesse sentido, o parágrafo único do art. 36 do CDC dispõe ainda sobre o dever do fornecedor de manter em seu poder os dados fáticos, técnicos e científicos que sustentam a mensagem publicitária dos seus produtos e serviços. Trata-se do princípio da transparência da fundamentação – o fornecedor, a partir do momento em que usa da publicidade para atrair consumidores, deve fazê-lo apoiado a elementos fáticos e científicos que a fundamentem (BENJAMIN, 2013, p. 261). É por meio desse princípio que se efetiva a concretização do princípio da veracidade, vez que se impõe ao fornecedor a manutenção da veracidade das informações que se veicularam através da publicidade (DIAS, 2013, p. 70).

O princípio da transparência da fundamentação decorre do fato de que não é possível que o consumidor, dada a sua vulnerabilidade nas relações de consumo, consiga comprovar os testes dos produtos e serviços que constam na mensagem publicitária. É por esta razão que

cabe ao próprio anunciante o dever de ter consigo os dados que fundamentaram a publicidade. Tal dever é, pois, do fornecedor que anuncia, e não da agência de publicidade eventualmente contratada pelo anunciante (BENJAMIN, 2013, p. 262).

Uma vez que o princípio da veracidade tem por consequência a observância do dever de prestar informações corretas, a sua transgressão caracteriza a publicidade enganosa (MIRAGEM, 2016, p. 275), cujo conceito está previsto no art. 37, § 1º, do CDC:

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.

Para que seja configurada a publicidade enganosa, basta que presente a violação do dever da veracidade, sendo inexigível a existência de dolo ou culpa por parte do anunciante publicitário (MIRAGEM, 2016, p. 275).

No entanto, não se pode dizer que os exageros publicitários serão considerados como publicidade enganosa – ou seja, nem toda publicidade não verdadeira, que não necessariamente infrinja o princípio da veracidade, é capaz de induzir a erro o consumidor. Consiste o exagero publicitário no emprego da fantasia ou apelo emocional para suscitar a atenção do público – são veiculadas situações que de tão irreais, ou de tão exageradas, são facilmente discernidas pelos consumidores (DIAS, 2013, p. 73).

Tal técnica de exagero publicitário, chamada de *puffing*, em vista de trazer informação não verídica sobre o objeto da publicidade, possui relevância prática na atividade do anunciante. Dessa forma, será melhor analisada no Capítulo 3 deste trabalho.

2.6.3 Princípio da correção do desvio publicitário

A publicidade enganosa e a abusiva – esta caracterizada por incitar violência, explorar o medo ou superstição, que se aproveita do fato de que o consumidor é uma criança, que desrespeita valores ambientais, ou ainda que instigue o comportamento que ponha em risco a saúde ou segurança do consumidor (art. 37, § 2º, CDC) – podem continuar produzindo seus efeitos na memória do público destinatário da mensagem mesmo depois de cessada a sua veiculação, principalmente nos casos em que a publicidade é divulgada por bastante tempo (DIAS, 2013, p. 90).

A fim de que seus efeitos sejam cessados, o CDC previu a possibilidade de uma medida corretiva: a contrapropaganda. Desta forma, consoante o § 1º do art. 60, a mensagem é veiculada da mesma forma, frequência e dimensão da publicidade enganosa ou abusiva e preferivelmente no mesmo veículo, local, espaço e horário de sua divulgação (DIAS, 2013, p. 90).

Dessarte, a veiculação da contrapropaganda nos mesmos moldes da publicidade enganosa ou abusiva que a originou visa a atingir as mesmas pessoas que foram submetidas ao erro ou abuso, a fim de desfazer ou pelo menos minorar os efeitos do anúncio anterior (NUNES, 2013, p. 588).

A imposição da contrapropaganda, apesar de ter amparo legal expresso no Código de Defesa do Consumidor, pode ser considerada também como uma das medidas para efetivação da tutela do consumidor e garantia dos seus direitos, vez que assegura a Lei nº 8.078/90 a ampla tutela do sujeito vulnerável da relação de consumo – preceito expresso no art. 83: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (NUNES, 2013, p. 588).

Não há concordância na doutrina e na jurisprudência⁶ sobre a possibilidade de se determinar a contrapropaganda tanto na via judicial quanto na administrativa. Majoritariamente, a posição da doutrina tende a entender que seria possível a aplicação em ambas as esferas, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como a real necessidade de sua utilização (DIAS, 2013, p. 90-91).

Por fim, há de ser destacado que a atividade publicitária é importante juridicamente ainda quanto ao seu efeito vinculante: se foi suficientemente precisa, integra a oferta de consumo, e obriga o fornecedor a cumpri-la conforme os seus termos. Por guardar especial conteúdo para o estudo neste trabalho, o princípio da vinculação da oferta, a qual abrange a publicitária por ter maior abrangência, será analisado com maior atenção no item subsequente.

⁶ Nesse sentido, destaca-se acórdão do TJDF (Acórdão n.828859, 20110111115519APC, Relator: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, Revisor: SEBASTIÃO COELHO, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 29/10/2014, Publicado no DJE: 11/11/2014. Pág.: 242), em que se negou o pedido quanto à contrapropaganda, no sentido de sua natureza de sanção administrativa impossível de ser aplicada pelo Poder Judiciário. Em posição contrária se encontra recurso julgado pelo TJSC (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.000046-5, de Videira, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 03-08-2010). O STJ, ao julgar recurso que versou sobre pedido de contrapropaganda em caso de publicidade de tabaco (REsp 1101949/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 30/05/2016), entendeu que perderia o sentido de tal imposição pelo fato de superveniente proibição de publicidade do produto – ou seja, a contrapropaganda não foi concedida simplesmente em vista do decurso do tempo do caso concreto.

2.7 O princípio da vinculação da oferta no CDC e seus pressupostos

Em face do dever geral de boa-fé, do qual decorreu o de informação previsto em vários dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, incluiu-se também normas garantidoras da seriedade e veracidade da oferta feita pelo fornecedor, principalmente através da publicidade. Formulou-se uma nova ideia de oferta de contrato diante do novo contexto das relações de consumo (MARQUES, 2016, p. 815).

Dessarte, em vista do novo contexto das relações que envolvem fornecedor e o consumidor, indivíduo que é vulnerável em face daquele, a visão tradicional da oferta, prevista no Código Civil, torna-se insuficiente à sua proteção, principalmente em vista dos contratos de adesão e da intensa e persuasiva atividade publicitária (MIRAGEM, 2016, p. 257).

Os novos moldes em que está inserida a oferta nas relações de consumo permite que não seja mais considerada um convite a contratar (*invitatio ad offerendum*), que se sujeita a hipóteses amplas de revogação, mas como oferta com plenos efeitos vinculativos (MIRAGEM, 2016, p. 257).

Como já foi exposto neste trabalho, o convite a fazer oferta não é considerado proposta. O indivíduo que faz o convite quer, em realidade, receber uma proposta, e o faz convidando outra pessoa a emití-la – não teria, pois, qualquer relevância jurídica (GOMES, 2008, p. 73). Neste sentido eram consideradas as ofertas destinadas ao público em geral, como as advindas da publicidade e outras informações veiculadas pela mídia: não havia efeito vinculante algum. Pensava-se que o consumidor, instigado a adquirir produto ou serviço divulgado por mensagens publicitárias, adentrava em um estabelecimento comercial para emitir oferta, e o fornecedor, depois de verificar que o produto almejado estava no estoque, fechava o negócio (MARQUES, 2016, p. 824-825).

Especialmente em relação à publicidade, esta era considerada apenas em seus efeitos imediatos e individuais. Dessa forma, o consumidor que era vítima de algum abuso por parte do fornecedor deveria provar que foi vítima de prejuízos do negócio instigado pela publicidade e, além disso, teria que lidar com a premissa de que o comprador deveria testar o produto antes de adquiri-lo, de forma a se precaver contra a astúcia do fornecedor (PASQUALOTTO, 1997, p. 70).

Tal esperteza do fornecedor se mostrava no chamado *dolus bonus*, noção advinda do direito romano, que se contrapõe à de *dolus malus*. O indivíduo que age com dolo, ou seja, a fim de induzir alguém a erro e causar-lhe dano, pode ensejar a anulação do negócio jurídico.

No entanto, a noção de *dolus bonus* remete à ideia daquele defeito do negócio jurídico passível de ser tolerado, sob o argumento de que “é socialmente mais perigoso, para a segurança do tráfico jurídico, permitir a anulação dos contratos toda vez que um dos contratantes comete um embuste menor” (PASQUALOTTO, 1997, p. 71).

Diante da posição desfavorável que o consumidor ocupava, pois era ele que assumia a posição do ofertante e não o fornecedor, o Código de Defesa do Consumidor trouxe uma nova noção de oferta, mais ampliada, de forma a não mais considerar a oferta de consumo como mero *invitatio ad offerendum* (MARQUES, 2016, p. 825).

A regra da oferta ao público, no direito civil, está contida no art. 429: obriga o peticitante somente quando a oferta contém os requisitos essenciais ao contrato. É clarividente que tal dispositivo não se adequa à nova realidade das relações de consumo (MIRAGEM, 2016, p. 257), marcada pelas técnicas cada vez mais persuasivas de atração do público, muitas vezes até agressivas, que nem sempre necessitam trazer todas os elementos fundamentais ao estabelecimento do contrato. Neste sentido, aduz o art. 30, que instituiu expressamente o princípio da vinculação no âmbito do direito do consumidor:

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.

Ou seja, no âmbito das relações de consumo, não se exige, para a configuração do efeito vinculante, que a oferta contenha informações sobre todos os elementos essenciais ao contrato – basta que abarque toda e qualquer informação suficientemente precisa (MIRAGEM, 2016, p. 257). Não se poderia entender de outra maneira, já que exigir, a fim de que a oferta de consumo tenha efeito vinculante, que encerre os requisitos essenciais ao contrato seria o mesmo que retirar a força obrigatória da oferta publicitária, já que na prática publicitária, isso é muito difícil de ocorrer (BENJAMIN, 2011, p. 287).

Assim, são dois os pressupostos básicos para a incidência do princípio da vinculação: a veiculação da informação e a sua precisão.

Em primeiro lugar, exige-se que a oferta, seja mera informação ou decorrente de publicidade, seja veiculada: caso esta não chegar aos olhos do consumidor, não há como se considerar que o fornecedor está vinculado aos seus termos – como quando a proposta foi somente posta no papel, sem qualquer esforço para que alcançasse o público (BENJAMIN, 2013, p. 239). Não se estabelece o meio pelo qual a oferta deva ser veiculada, tanto que pode

ser feita através da publicidade ou pelo próprio fornecedor diretamente (MIRAGEM, 2016, p. 261).

Em segundo lugar, a oferta deve conter elementos suficientemente precisos. A característica da precisão tratada no dispositivo, entretanto, não é aquela que não deixa dúvidas acerca da oferta, mas uma precisão suficiente (BENJAMIN, 2013, p. 239).

Ao se falar em elementos suficientemente precisos, também deve-se ter em vista que não se exige uma oferta total, que pressupõe todos os elementos que estipularão o contrato. Ou seja, a completude, que é um dos requisitos, conjuntamente com o da seriedade, da oferta clássica, não é pressuposto ao estabelecimento do efeito vinculante da oferta de consumo (DIAS, 2013, p. 75, 77).

Nesse sentido, é de se mencionar recurso especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça⁷. No caso, o fornecedor-anunciante veiculou, através de panfletos, oferta publicitária que não divulgava o preço dos produtos comercializados, sob a alegação de que garantiria o menor preço. O entendimento do STJ foi no sentido de configurar a publicidade enganosa por omissão, em vista de que a falta de preço e a indicação do anunciante é capaz de induzir o consumidor a erro.

Deste caso podemos depreender que, se fossem aplicadas as normas do CC, como a oferta ao público em questão não contém um dos requisitos essenciais ao contrato, qual seja, o preço do produto, não seria capaz de vincular o ofertante. No entanto, em vista de se tratar de relação de consumo, aplica-se o CDC: mesmo que o anúncio, que é preciso quanto à informação que veicula, deixe de conter informações sobre o preço do contrato a ser celebrado, é apto a vincular o fornecedor.

É de se ressaltar que é considerada oferta de consumo também se “gratuita” – embora assim consideradas, remuneram indiretamente o fornecedor do produto ou serviço, como se dá nos programas de milhagem, no transporte gratuito conexo ao consumo, transporte gratuito de determinadas pessoas, nas amostras e produtos gratuitos, ou ainda na forma de prêmios, sorteios, brindes e convites (MARQUES, 2016, p. 827). Mesmos nestes casos, o fornecedor fica vinculado à oferta.

Dessa forma, o legislador do CDC tem como objetivo ampliar o conceito de oferta nas relações de consumo, a ponto de a generalizar para abarcar quase todas as manifestações do fornecedor, as quais, uma vez vinculativas, passam a integrar o futuro contrato (MARQUES, 2016, p. 828).

⁷ REsp 1370708/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 01/07/2015.

O código, ao dispor que a informação ou publicidade veiculadas e suficientemente precisas integram o contrato que vier a ser celebrado, quis dizer que, emitida a oferta, tudo que foi disposto faz parte, desde já, do futuro contrato. Isto acontece mesmo que o fornecedor, na efetiva celebração, omita alguma informação que fazia parte da oferta (NUNES, 2013, p. 474).

Para completar o sentido do art. 30, o subsequente, o art. 31, determina o que seria exigido da oferta e da apresentação. Tais características enumeradas pelo artigo, no entanto, têm caráter meramente exemplificativo, isto é, não se esgotam no contido rol. É a redação do artigo no seguinte sentido:

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

Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével.

Nesse sentido, é de se observar que o dever de informar na oferta e na apresentação de produtos e serviços disposto no referido artigo não constitui os requisitos da oferta de consumo, pois se tratam dos efeitos da oferta (MIRAGEM, 2016, p. 262).

Por ter caráter enumerativo, o fornecedor tem o dever de informar o consumidor quanto a outros dados que sejam importantes ao produto ou serviço que quer ofertar. Assim, apesar desta característica, o dever de informar previsto no artigo é obrigatório, e não facultativo. Inclusive, por decisão administrativa não pode ser tal dever limitado, já que decorre de lei (BENJAMIN, 2011, p. 291).

O princípio da vinculação da oferta, em face de sua aplicabilidade nas relações de consumo, já foi objeto de análise no caso concreto pelo Superior Tribunal de Justiça⁸, em que se reconheceu o princípio como reflexo da observância da boa-fé e da transparência nas relações de consumo. Inclusive se considerou o efeito vinculante da oferta de forma a integrar o contrato que foi realizado pelas partes e a responsabilidade do fornecedor pela expectativa criada no consumidor ao adquirir produto no mercado de consumo.

⁸ REsp 1365609/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 25/05/2015.

É de se ressaltar ainda outro recurso especial julgado pelo STJ⁹, em que a oferta publicitária assegurou a entrega de automóvel objeto de contrato de compra e venda. Dessa forma, vincula-se o fornecedor aos termos da oferta, de forma que o consumidor pode se valer das opções contidas no art. 35 do Código de Defesa do Consumidor. Tais medidas, assim como outros aspectos relevantes que se referem ao princípio da vinculação serão analisados mais adiante, no terceiro capítulo deste trabalho.

2.7.1 A irretratabilidade da oferta

Diante do efeito vinculante da oferta de consumo, cabe analisar também a possibilidade ou não do fornecedor revogar a oferta que emitiu, seja na forma publicitária ou não.

Nesse sentido, não há como se considerar relevante qualquer conduta por parte do fornecedor a fim de extinguir ou modificar a oferta que veiculou, vez que o efeito vinculante começa a operar a partir do momento em que foi exteriorizada. Apesar de irrevogável, a oferta não é ilimitada, vez que o fornecedor tem o direito de alterar a sua eficácia temporal, quantitativa e geográfica do anúncio, conquanto que a limitação ocorra anteriormente à sua veiculação (BENJAMIN, 2013, p. 245).

Dessa forma, não tem aplicação o parágrafo único do art. 429 do Código Civil à oferta de consumo, cuja previsão é a de que é possível a revogação desde que seja ressalvada tal faculdade na oferta ao público realizada e que se dê através da mesma via de sua divulgação. A oferta disciplinada pelo CDC dotada está de irrevogabilidade, já que por ser norma especial que regulamenta as relações de consumo, não previu tal possibilidade (DIAS, 2013, p. 79).

Bruno Miragem (2016, p. 259-260), por outro lado, afirma que tanto em relação aos contratos na esfera civil quanto nos de consumo não se poderia extinguir a possibilidade de revogação da oferta, mesmo em face do seu efeito vinculante, já que tal circunstância poderia ser muito gravosa ao fornecedor. No entanto, em vista da tutela do consumidor, a possibilidade de revogação ou retificação da oferta deve ser pautada por limites, e por isso o fornecedor seria responsável pelas expectativas criadas ao consumidor, mesmo que possível a retratação. Dessa forma, em certos casos, poderia ser passível de revogação ou retificação a oferta, desde que seja veiculada pelo mesmo meio de comunicação da primeira oferta. Os seus

⁹ REsp 363.939/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/06/2002, DJ 01/07/2002, p. 338.

efeitos, no entanto, somente começariam a ser produzidos a partir do momento em que o consumidor toma conhecimento – até este momento, pondera o autor, vinculado está o fornecedor aos termos da oferta.

Claudia Lima Marques (2016, p. 930) destaca que na medida em que o fornecedor se vincula à informação ou publicidade suficientemente precisa, também não pode se negar a contratar se ainda tem disponibilidade de estoque, sob pena de ser caracterizada prática abusiva, prevista expressamente pelo art. 39, II, do CDC.

Assim, pode-se entender que, de acordo com a opinião majoritária, uma vez exteriorizada a oferta pelo fornecedor, vincula-se este aos termos daquilo que foi divulgado, sem que possa se retratar. Inclusive, está vinculado à oferta na medida de disponibilidade no estoque. Segundo a autora mencionada, poder-se-ia dizer que “o CDC instituiu uma verdadeira obrigação de contratar para o fornecedor” (MARQUES, 2016, p. 930).

Portanto, há de ser levada em conta a opinião de Bruno Miragem, na medida em que a impossibilidade de revogação da oferta, sob nenhuma hipótese, poderia causar muitos prejuízos ao fornecedor quando divulga oferta de seus produtos e serviços.

3. QUESTÕES PRÁTICAS DO EFEITO VINCULANTE

Ao longo dos primeiros dois capítulos deste trabalho, analisamos a abordagem feita pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor sobre a oferta, em primeiro lugar quando transmitida entre presentes e entre ausentes – disciplina exclusiva do CC – e após, ao público – esta também considerada no CDC, em que ganha novos contornos e importância.

O legislador, ao regular a oferta ao público nas relações de consumo, assegura a escolha consciente e livre de opções pelos consumidores, já que o mercado falha nesse sentido (BENJAMIN, 2011, p. 289). Assim, a ampliação do que se entende por oferta e as consequências de seu efeito vinculante demonstram a preocupação do CDC em garantir um maior equilíbrio nas relações de consumo e uma maior proteção aos legítimos interesses dos seus tutelados.

Em vista da inovação do Código de Defesa do Consumidor, muitas questões são visualizadas na prática e demandam soluções concretas e eficazes, principalmente em razão do vínculo desigual entre consumidor e fornecedor de produtos e serviços. Dessarte, os itens a seguir analisarão as questões mais relevantes tratados na prática brasileira acerca do tema.

3.1 Postura do consumidor ante a recusa no cumprimento da oferta

Como já foi analisado, o efeito vinculante da oferta regida pelo CDC gera ao consumidor um direito potestativo diante da informação ou publicidade precisa suficientemente, vez que é livre para aceitar ou não o negócio que o fornecedor propõe. Este, por outro lado, está em estado de sujeição quando emite a oferta, já que, se o consumidor efetivamente a aceitar, formado está o contrato (AZEVEDO, 1995, p. 130).

Em vista de tal estado de sujeição do fornecedor, não poderá revogar a oferta ou alterar seus termos no contexto da relação de consumo. Exercido o poder de aceitação do consumidor, deverá o fornecedor sofrer os efeitos da formação do contrato, vez que não desaparecerá o estado a que se submeteu com a emissão de sua primeira declaração de vontade (MARQUES, 2016, p. 824).

Dessa forma, não se olvidou o CDC ao caso em que o fornecedor de produtos ou serviços, por mais que submetido a um estado de sujeição, decide por não cumprir aquilo que veiculou na oferta de consumo, diante da aceitação por parte de um consumidor atingido pela mensagem.

Esta preocupação do código demonstra, mais uma vez, como se pretende criar um microsistema para proteção e garantia dos direitos dos consumidores, atingidos por práticas comerciais agressivas e muitas vezes abusivas, em posição desigual, haja vista seu evidente estado de vulnerabilidade. O que se pretende assegurar, dessa forma, é a garantia do consumidor em não ver suas expectativas frustradas ante a aceitação da oferta.

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor trouxe a previsão do art. 35:

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Em primeira análise do dispositivo, é importante ressaltar que visa o legislador a coibir a recusa por parte do fornecedor de cumprir aquilo que prometeu por meio da oferta – e não somente a ela, mas também à apresentação ou publicidade de produtos ou serviços (NUNES, 2013, p. 494).

Os incisos do artigo mencionado dão ao consumidor alternativas em vista da negativa do fornecedor. Ou seja, para que exerça seu direito, não é necessário que apresente qualquer justificativa acerca da sua escolha, já que esta se dá de forma livre (NUNES, 2013, p. 494).

Uma das grandes novidades do CDC foi o aparecimento da possibilidade do consumidor, diante da recusa do fornecedor em cumprir a oferta a que estava vinculado, exigir o cumprimento forçado da obrigação, fazendo com que haja a produção dos efeitos da oferta a que o consumidor confiou e aceitou (BARBOSA, 2008, p. 133). Estaria o fornecedor praticamente obrigado a contratar quando haja consumidor disposto a aceitar a oferta emitida (MARQUES, 2016, p. 180).

Em caso paradigma, o Superior Tribunal de Justiça julgou recurso especial no qual determinou o cumprimento ainda que forçado dos termos da oferta:

Consumidor. Recurso Especial. Publicidade. Oferta. Princípio da vinculação. Obrigação do fornecedor.

- O CDC dispõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada, obriga o fornecedor que a

fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado.

- Se o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu que os imóveis comercializados seriam financiados pela Caixa Econômica Federal, submete-se a assinatura do contrato de compra e venda nos exatos termos da oferta apresentada.

(REsp 341.405/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/09/2002, DJ 28/04/2003, p. 198)

No caso, os recorrentes pediram a declaração de nulidade de termo aditivo de contrato de compra e venda de bem imóvel que se viram obrigados a firmar com o recorrido, em vista de que a publicidade divulgada anteriormente à celebração de contrato de compra e venda assegurou que parte do valor à aquisição do imóvel seria financiada pela Caixa Econômica Federal pelo sistema de equivalência salarial – motivo determinante para que realizassem a celebração do contrato. Depois de pagas as parcelas a que se comprometeram, condicionou-se a entrega das chaves à efetivação de financiamento. Dessa forma, aduziram os autores que o saldo devedor não tinha sido financiado pelo banco, e se viram obrigados a assinar o termo aditivo sob pena de não ser permitida a posse do imóvel.

A ministra relatora Nancy Andrichi reconheceu o efeito vinculante da oferta publicitária, que precisamente afirmava o financiamento do saldo devedor exclusivo pelo banco referido. Assim, a veiculação de publicidade, na forma de panfleto, teve o condão de criar legítima expectativa para os recorrentes. Aplicável, então, o cumprimento forçado da obrigação contida na oferta publicitária, nos termos do art. 35, inciso I, do CDC.

Além do cumprimento forçado pelo fornecedor dos termos da oferta, o artigo ainda traz a opção do consumidor aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente (inciso II). Da mesma forma que o primeiro inciso, o CDC permite que o consumidor exija a efetiva prestação objeto do contrato, mesmo que de produto ou serviço correspondente (MARQUES, 2016, p. 870).

Apesar destas duas possibilidades trazidas pelos incisos I e II do art. 35 a ser escolhida pelo consumidor ante a recusa de cumprimento da oferta, nem sempre se mostram possíveis. Isto porque pode haver situações em que não tem o fornecedor o produto objeto da oferta, nem sequer um equivalente. Assim, pode ser inviável que o fornecedor seja demandado a oferecer prestação impossível (SILVA NETO, 2013, p. 476).

Nesse sentido, o inciso III traz a possibilidade de rescisão do contrato, direito à restituição de quantia já paga, além de perdas e danos. Ou seja, em vista da recusa de cumprimento da oferta que agora é efetivamente o conteúdo do contrato firmado entre as partes, o CDC permite que haja o desfazimento da relação jurídica estabelecida com a

aceitação, de modo que o consumidor não arque com qualquer prejuízo (MARQUES, 2016, p. 870).

Além disso, não se poderia exigir que o fornecedor, a fim de cumprir aquilo que dispôs na oferta, adquira produto que não possui, por exemplo. Para o consumidor, seria o mesmo resultado de ser o fornecedor condenado a perdas e danos, vez que auferiria o valor equivalente àquilo que despendeu na oferta, por exemplo (SILVA NETO, 2013, p. 477).

Nesse sentido, Claudia Lima Marques (2016, p. 871-872) destaca que o CDC vem sendo aplicado de forma a proteger a confiança despertada no consumidor, garantindo as possibilidades do art. 35 também ao consumidor que é induzido em erro por publicidade enganosa, cujo fornecedor também deve sofrer sanções administrativas.

Destaca-se outro caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PUBLICIDADE ENGANOSA. EMPREENDIMENTO DIVULGADO E COMERCIALIZADO COMO HOTEL. MERO RESIDENCIAL COM SERVIÇOS. INTERDIÇÃO PELA MUNICIPALIDADE. OCULTAÇÃO DELIBERADA DE INFORMAÇÃO PELO FORNECEDOR. ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES E POR DANOS MORAIS DEVIDA.

1. O direito à informação, no Código de Defesa do Consumidor, é corolário das normas intervencionistas ligadas à função social e à boa-fé, em razão das quais a liberdade de contratar assume novel feição, impondo a necessidade de transparência em todas as fases da contratação: o momento pré-contratual, o de formação e o de execução do contrato e até mesmo o momento pós-contratual.

2. O princípio da vinculação da publicidade reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços obriga-se nos exatos termos da publicidade veiculada, sendo certo que essa vinculação estende-se também às informações prestadas por funcionários ou representantes do fornecedor.

3. Se a informação se refere a dado essencial capaz de onerar o consumidor ou restringir seus direitos, deve integrar o próprio anúncio, de forma precisa, clara e ostensiva, nos termos do art. 31 do CDC, sob pena de configurar publicidade enganosa por omissão.

4. No caso concreto, desponta estreme de dúvida que o principal atrativo do projeto foi a sua divulgação como um empreendimento hoteleiro - o que se deduz à toda vista da proeminente reputação que a Rede Meliá ostenta nesse ramo -, bem como foi omitida a falta de autorização do Município para que funcionasse empresa dessa envergadura na área, o que, à toda evidência, constitui publicidade enganosa, nos termos do art. 37, caput e § 3º, do CDC, rendendo ensejo ao desfazimento do negócio jurídico, à restituição dos valores pagos, bem como à percepção de indenização por lucros cessantes e por dano moral.

5. Recurso especial de Antônio Rogério Saldanha Maia provido.

6. Recursos especiais de Gafisa S/A e Banco BBM S/A não conhecidos. Prejudicadas as demais questões suscitadas.

(REsp 1188442/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 05/02/2013)

Neste caso, os autores da ação de anulação do negócio jurídico cumulada com perdas e danos firmaram escrituras de promessa de compra e venda de unidades de um empreendimento imobiliário, sob o argumento de terem sido induzidos por publicidade enganosa. Alegaram que no anúncio que fora veiculado se falava sobre a venda de um projeto de hotel ou apart hotel com serviço; porém, não disse que se tratava, em realidade, de um condomínio residencial multifamiliar com serviços, nem sequer que inexistia autorização por parte do município para o exercício de atividade econômica no local.

No julgamento do recurso especial, aduziu o ministro relator que, uma vez que o fornecedor opta pela utilização de publicidade para anunciar seu produto ou serviço, deve fazê-lo de forma a refletir a verdade do que anuncia, assentado nos princípios da transparência e boa-fé nas práticas comerciais. Dessarte, se a publicidade levou o consumidor a entender que se tratava de um hotel, quando em realidade não o era, efetivamente levou a erro o consumidor, a ensejar a configuração de publicidade enganosa. Em vista disso, a solução do caso foi a de desfazimento do negócio jurídico e condenação dos réus a danos morais e danos materiais por lucros cessantes, nos termos do art. 35, inciso III, do CDC.

Além do exposto, o produto cuja informação veiculada é falsa ou insuficiente pode ser considerado também portador de vício, por força do art. 18 do CDC – como medida, o fornecedor deve saná-lo em até 30 dias. Caso não o faça, pode se servir das providências insertas nos incisos do artigo, quais sejam, substituição do produto por outro da mesma espécie, restituição do valor pago atualizado mais perdas e danos, ou ainda o abatimento proporcional do preço (MARQUES, 2016, p. 873).

Pontua Antonio Herman V. Benjamin (2013, p. 240) que mesmo nos casos em que o consumidor pleiteia a tutela específica do contrato ou aceita bem equivalente ao objeto da oferta, nada impede que também busque reparação por danos materiais e morais.

3.2 Responsabilidade civil decorrente do princípio da vinculação no Código de Defesa do Consumidor

O inciso VI do art. 6º do CDC afirma que é direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. Introduz-se à disciplina de direito do consumidor a responsabilidade civil objetiva para a

reparação de danos – ou seja, impera o afastamento da exigência de dolo ou culpa do agente causador do dano para a configuração do dever de reparar (responsabilidade subjetiva) (BENJAMIN, 2013, p. 243).

A remoção da regra da responsabilidade subjetiva nas relações de consumo é aplicada tanto nos casos de acidente de consumo quanto nos da publicidade. Isto acontece principalmente em vista da redação dos arts. 30 a 35 do código, já que não aludem à exigência de dolo ou de culpa à responsabilização do fornecedor (BENJAMIN, 2013, p. 243), e também da leitura conjunta dos demais dispositivos, que asseguram a proteção dos direitos do consumidor a fim de evitar possíveis prejuízos em face de sua vulnerabilidade.

Além disso, é de se ressaltar também a parte final do disposto no art. 14, *caput*, do CDC, o qual estabelece a regra da responsabilidade objetiva ao fornecedor pela veiculação de informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos do serviço. Também suscita a responsabilização a quebra de confiança ou de boa-fé objetiva entre as partes que estabelecem uma relação de consumo (TARTUCE, 2016, p. 428).

Nesse sentido, uma vez que o CDC é pautado pelo princípio da reparação integral, não seria possível admitir que à publicidade seriam aplicadas regras diferentes de responsabilidade objetiva das do resto do código, a não ser que o legislador tivesse feito tal ressalva de forma expressa (BENJAMIN, 2013, p. 244).

Não é necessário, dessa forma, averiguar se o fornecedor agiu com má-fé ou intenção de enganar os destinatários da oferta de consumo, principalmente quando se fala em oferta publicitária. Demonstrado o nexo de causalidade entre a publicidade e o dano, configurada está a responsabilidade civil – somente importará a aferição de dolo ou culpa do agente para o arbitramento do *quantum* indenizatório decorrente do dever de indenizar, ou ainda para efeitos de responsabilidade penal (DIAS, 2013, p. 298-299).

Bruno Miragem (2016, p. 277-278) comenta que o efeito vinculante da oferta se traduz em uma autêntica responsabilidade contratual do fornecedor, tanto que as medidas insertas no art. 35 do CDC vão desde o cumprimento forçado da obrigação nos termos da oferta até a rescisão do contrato mais perdas e danos.

De acordo com Antônio Junqueira de Azevedo (1995, p. 131-132), no CDC, mesmo que não tenha havido a sistematização da responsabilidade pré-contratual nas etapas de negociações e oferta, não deixam de estar presentes os deveres de informar o eventual contratante e de sua proteção, em leitura conjunta com os direitos básicos assegurados ao consumidor. Assim, uma vez emitida a oferta, atribuído está o efeito vinculante; caso o

consumidor a aceite, formado está o contrato, e imperante as regras de responsabilidade contratual.

3.2.1 Os sujeitos responsáveis

É fato que o anúncio publicitário exerce grande influência nas relações de consumo atualmente. Nesse sentido, afirma o art. 34 do CDC que “O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos” – dispositivo que não é novidade no direito brasileiro, porém se mostra importante ante o caráter pedagógico das normas do código (MIRAGEM, 2016, p. 262).

O CC, ao disciplinar a responsabilidade por representação, estabelece que possui o dever de reparar “o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele” (art. 932, inciso III). Apesar disso, no que concerne às relações de consumo, as relações estabelecidas entre os agentes da cadeia de fornecimento são muito mais complexas do que a regra estabelecida pelo CC, pois que vão desde contratos de representação comercial até complexos sistemas de remuneração (MIRAGEM, 2016, p. 263).

Principalmente em matéria de consumo, surgem casos em que a relação entre a pessoa que pratica o dano e o fornecedor não é clara ou direta, já que mesmo que não atue como efetivo preposto, o consumidor o vê dessa forma, ou seja, tem apenas a aparência de ser o preposto (SILVA NETO, 2013, p. 474).

Isto acontece porque, dada a complexidade das relações na cadeia de fornecimento, o fornecedor, responsável pela produção do bem ou pela prestação do serviço, passa a aparecer ao consumidor por meio de uma marca, ou a partir de práticas comerciais (como o atendente de *telemarketing*). Nesse sentido, a fim de fazer abarcar o dever de reparar também ao sujeito que, embora não possua vínculo jurídico com aquele que sofre dano, aparenta ser o fornecedor, a teoria da aparência serviu como solução a estes casos (MIRAGEM, 2016, p. 263).

Tal teoria pode ser explicada através de um fato que fez parecer algo que em realidade não é, e mesmo assim produz efeitos jurídicos. Tal teoria é baseada na proteção da confiança presente nas relações de consumo: pretende-se garantir a segurança e a estabilidade jurídica através da atribuição de responsabilidade civil à pessoa que, apesar de não fazer parte da relação jurídica, participava de alguma forma desta, aferindo proveitos econômicos, e

dessa forma despertou a confiança de quem integra a relação obrigacional (JACQUES, 2003, p. 102, 108).

Nesse sentido, a responsabilidade civil solidária, que é atribuída aos membros da cadeia de fornecimento pelo CDC, tem sido ampliada não apenas para abarcar preposto ou representante do fornecedor, mas também outras pessoas que explorem uma determinada marca, desde que o consumidor as perceba como um só fornecedor, dada a confiança que é despertada em face da oferta (MIRAGEM, 2016, p. 263).

Na hipótese de ocorrência de danos por parte da oferta publicitária, sejam de ordem moral ou material, é certo que, conforme a regra geral, restará configurada a responsabilidade objetiva. No entanto, em vista do processo de *marketing*, por vezes há outros agentes que atuam para a divulgação do produto ou serviço inserto no mercado de consumo, como as agências de publicidade, os veículos de comunicação e até as celebridades que participam da campanha publicitária. A quais destes agentes seria imputada a responsabilidade objetiva?

Pode-se conceituar o anunciante como toda “pessoa, física ou jurídica, interessada em promover, por meio de publicidade, a venda de seus produtos ou serviços” (LOPES, 1992, p. 153) – será, dessa forma, o fabricante, o comerciante, ou ainda aquele que presta serviços.

Seria o fornecedor, dessa forma, o anunciante direto da mensagem publicitária, já que investe na sua divulgação. Anunciante indireto, por sua vez, é aquele que se aproveita de alguma forma do anúncio de terceiro, como o representante do anunciante direto ou ainda o comerciante, que possui em seu estabelecimento instrumento de anúncio (BENJAMIN, 2013, p. 240).

Segundo Benjamin (2013, p. 240), o art. 35, ao falar em fornecedor de produtos ou serviços que divulga oferta ou publicidade, não se refere apenas ao anunciante direto. O anunciante indireto também poderia ser responsabilizado, já que se aproveita do anúncio de outra pessoa. Assim, pela regra do parágrafo único do art. 7º do CDC, se houver mais de um causador da ofensa, todos devem responder solidariamente.

Dessa forma, o anunciante direto é o fornecedor, que ocupa a posição principal do processo publicitário, já que é o responsável pela sua efetivação. A agência de publicidade, por sua vez, é a empresa ou pessoa responsável em planejar, criar e distribuir a publicidade dos seus clientes anunciantes. O veículo de comunicação, por fim, é o meio de comunicação capaz de levar a mensagem do anunciante ao público consumidor (DIAS, 2013, p. 29).

Consoante Benjamin (2013, p. 244), o anunciante é o responsável pela aplicação do princípio da vinculação da oferta publicitária, haja vista a leitura dos arts. 30 a 35 do CDC. O consumidor somente poderia acionar a agência de publicidade ou o veículo de comunicação

em situações especiais. Se houve falha no anúncio em decorrência da atuação da agência contratada, somente o anunciante era capaz de evitá-la ou controlá-la, inclusive porque possui vínculo contratual com ela.

Como não poderia o consumidor ajuizar ação contra a agência ou o veículo, mesmo que seja o anunciante-fornecedor obrigado a reparar o dano, cabe ao fornecedor o direito de regresso contra tais agentes. O que não se poderia considerar é que o consumidor arque com os prejuízos decorrentes da oferta publicitária sozinho, caso o fornecedor alegasse falha do anúncio por parte da agência ou do veículo de comunicação (BENJAMIN, 2013, p. 244).

Em acórdão paradigma proveniente do Superior Tribunal de Justiça, analisou-se a legitimidade passiva do veículo de comunicação quanto à responsabilidade civil pela publicidade que divulgou, no que concerne à publicidade de palco:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE COBRANÇA, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO JUNTO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEPÓSITO DE IMPORTÂNCIA A TÍTULO DE PRIMEIRA PRESTAÇÃO. CRÉDITO MUTUADO NÃO CONCEDIDO. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL AO PRESTADOR DO SERVIÇO E À REDE DE TELEVISÃO QUE, EM PROGRAMA SEU, APRESENTARA PROPAGANDA DO PRODUTO E SERVIÇO. "PUBLICIDADE DE PALCO". CARACTERÍSTICAS. FINALIDADE. AUSÊNCIA DE GARANTIA, PELA EMISSORA, DA QUALIDADE DO BEM OU SERVIÇO ANUNCIADO. MERA VEICULAÇÃO PUBLICITÁRIA. EXCLUSÃO DA LIDE. MULTA PROCRASTINATÓRIA APLICADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO. EXCLUSÃO. SÚMULA N. 98-STJ. CDC, ARTS. 3º, 12, 14, 18, 20, 36, PARÁGRAFO ÚNICO, E 38; CPC, ART. 267, VI.

I. A responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é do fornecedor respectivo, assim conceituado nos termos do art. 3º da Lei n. 8.078/1990, não se estendendo à empresa de comunicação que veicula a propaganda por meio de apresentador durante programa de televisão, denominada "publicidade de palco".

II. Destarte, é de se excluir da lide, por ilegitimidade passiva ad causam, a emissora de televisão, por não se lhe poder atribuir co-responsabilidade por apresentar publicidade de empresa financeira, também ré na ação, que teria deixado de fornecer o empréstimo ao telespectador nas condições prometidas no anúncio.

III. "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório" (Súmula n. 98/STJ).

IV. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1157228/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 27/04/2011)

Conforme o voto do relator do recurso, o ministro Aldir Passarinho Junior, em se tratando de publicidade de palco, em que a divulgação do produto ou do serviço se dá ao

longo da programação, a “participação do apresentador, ainda que este assegure a qualidade e confiabilidade do que é objeto da propaganda, não o torna garantidor do cumprimento das obrigações pelo anunciante”.

Em análise do julgado exposto acima, Bruno Miragem (2012, p. 386) destaca que se pode interpretar o caso de diversas maneiras: em primeiro lugar, em vista de que a informação veiculada é falsa, já que não cumprido o prometido na oferta, caracterizada está a publicidade enganosa. Por outro lado, pode-se entender que houve deveras descumprimento da oferta publicitária, vez que vincula e integra o contrato, ou ainda vício do serviço prestado, haja vista o descumprimento da oferta e a inutilização do serviço para os fins a que sirvam ao consumidor. Nada impede que uma mesma situação de fato possa ser qualificada de forma distinta, seja como vício do serviço, descumprimento da oferta ou publicidade enganosa.

Nesse sentido, o caso foi qualificado como publicidade enganosa, a ensejar a responsabilidade exclusiva do anunciante. Dessarte, a solução adotada vai ao encontro da opinião majoritária da doutrina, no sentido de afastar a responsabilidade do veículo de comunicação (no caso, a emissora de televisão) pela enganabilidade da oferta, vez que não foi a publicidade meio determinante para a introdução do produto ou serviço no mercado, que se dá independentemente desta. Portanto, impossível que se atribua a mesma posição de fornecedor ao veículo de divulgação da publicidade (MIRAGEM, 2012, p. 386).

Diferente entendimento decorre, todavia, nos casos em que o próprio veículo de comunicação é o fornecedor dos serviços divulgados pela publicidade. Por ocuparem a posição de efetivos fornecedores, não estão excluídos da atribuição de responsabilidade civil objetiva. Foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial nº 436.135/SP, em que se atribuiu à emissora de televisão, que veiculava o programa “Show do Milhão”, posição de efetiva prestadora dos serviços anunciados, e não somente veículo de comunicação, já que presta serviço ao consumidor, beneficia-se com a audiência, e por causa disso auferir lucro. Caracterizada a relação de consumo, serão aplicadas as regras do CDC.

No entanto, consoante Bruno Miragem (2016, p. 283), caso não atue o veículo de comunicação como fornecedor dos serviços anunciados, somente poderia ser possível o dever de indenizar se presente dolo ou culpa – ou seja, desde que presente todos os requisitos da responsabilidade subjetiva.

Diferente posicionamento acerca da responsabilidade da agência de publicidade e dos veículos de comunicação tem Flávio Tartuce (2016, p. 429-430). Segundo o autor, admitir a responsabilidade objetiva em relação ao conteúdo da oferta publicitária somente ao fornecedor-anunciante é adotar posicionamento completamente oposto às regras do Código de

Defesa do Consumidor. Imputar o dever de reparar a apenas uma das pessoas do processo publicitário enseja o afastamento da presunção de solidariedade adotada pelo código, ou seja, estar-se-ia voltando à investigação de culpa para a atribuição de responsabilidade civil.

Neste entendimento, na atividade publicitária das agências e dos veículos de comunicação estaria englobado o risco do empreendimento ou risco-proveito e, também por esta razão, justificável é a atribuição da responsabilidade objetiva e solidária ao veículo de comunicação, ao fornecedor, à agência de publicidade e a todos os responsáveis por seu conteúdo (TARTUCE, 2016, p. 433).

Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias (2013, p. 320) também é do posicionamento de que a responsabilidade do fornecedor-anunciante e da agência de publicidade é objetiva e solidária pelos anúncios ilícitos (abusivos e enganosos). Não se pode deixar de reconhecer que as agências de publicidade possuem papel ativo no processo de criação e execução da mensagem divulgada, vez que exploram as particularidades do produto ou serviço anunciado e o público destinatário da mensagem.

O próprio Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em seu art. 45, trata de outorgar a responsabilidade solidária da agência no que concerne à observância de deveres éticos e o dever de cuidado máximo na feitura dos anúncios (DIAS, 2013, p. 321).

Apesar disso, nada obstará à agência demonstrar que a responsabilidade ilícita decorreu exclusivamente da conduta do fornecedor, desde que através de ação regressiva, ou ainda desde que as partes (fornecedor e agência) tenham estipulado que os eventuais danos decorrentes da atividade publicitária sejam arcados somente pelo fornecedor (DIAS, 2013, p. 321).

É por bem salientar que, independentemente da responsabilidade atribuída à agência de publicidade ou ao veículo de comunicação, não caberá a ela o devido cumprimento da oferta veiculada. Isto porque não é fornecedora dos produtos e serviços que está veiculando. O cumprimento forçado da oferta publicitária, nos termos do inciso I do art. 35 do CDC, é restrito ao fornecedor-anunciante, com quem o consumidor efetivamente trava a relação de consumo e único capaz de fornecer aquilo que foi contratado. Dessa forma, quando a publicidade foi considerada oferta, somente é capaz de vincular o fornecedor-anunciante, e nunca a agência (DIAS, 2013, p. 322-323).

Apesar de não se referir especificamente à oferta, deve-se mencionar o caso em que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a responsabilidade por danos morais de agência de

publicidade como agente de criação artística¹⁰. Nesse sentido, incumbe a ela observar e cumprir os requisitos de caráter técnico da publicidade, dentre eles a menção do nome do autor da fotografia utilizada no anúncio publicitário.

Maria Elizabete Vilaça Lopes (1992, p. 174-175) aduz que a situação do veículo de comunicação é, por assim dizer, menos comprometedor do que a da agência de publicidade, vez que não participa efetivamente do processo de produção da mensagem publicitária, e exigir dele um exame sobre o anúncio, a veiculação de publicidade seria muito mais difícil de ser concretizada. Nesse sentido, somente seria possível a responsabilização do veículo se for demonstrada sua culpa grave, como quando veicula publicidade cuja enganiosidade é evidente. Isto é, não se exige que faça análise detida sobre os anúncios que veicula, mas um mínimo de cautela nesse quesito.

Resta analisar a responsabilidade civil das celebridades que participam de campanhas publicitárias para atrair os consumidores aos produtos e serviços que anunciam.

Uma vez que emprestam a sua imagem e voz para promover aquilo que é objeto de divulgação, não é possível que também sejam responsáveis como o são os fornecedores, principalmente porque em muitas ocasiões não declaram aquilo com base em sua própria experiência ou opinião, já que falam somente o que lhes é determinado, e ainda não participaram da criação da publicidade em nenhuma etapa (DIAS, 2013, p. 323-324).

Pode-se dizer que a celebridade exerce o papel de profissional liberal quando atua em campanha publicitária e, nesse sentido, para que seja configurado o dever de reparar, imprescindível a verificação de dolo ou culpa, conforme o art. 14, §4º, do CDC. Não se exige que a celebridade verifique se as informações que serão veiculadas são verdadeiras, mas apenas uma diligência ordinária (DIAS, 2013, p. 324).

Assim, em regra, o apresentador de programa de televisão, por exemplo, que anuncia produto ou serviço, age como porta-voz do anunciante. No entanto, a partir do momento em que o faz com base em suas próprias experiências pessoais, passa a ser um garantidor daquilo que está sendo anunciado. Somente desta forma, em que o apresentador endossa as características anunciadas por meio da publicidade, é que poderia ser responsabilizado de forma subsidiária, mediante a demonstração de dolo ou culpa grave (DIAS, 2013, p. 326).

Por outro lado, pensa Antônio Herman Benjamin (2013, p. 241) que cabe a responsabilidade das celebridades que garantem a qualidade do produto ou serviço veiculado

¹⁰ REsp 69.134/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 19/09/2000, DJ 30/10/2000, p. 159.

em anúncio publicitário, principalmente quando auferem uma parcela das vendas que serão realizadas.

3.3 Equívoco no anúncio

Um tema de grande importância e aplicação prática em relação ao efeito vinculante da oferta publicitária é no caso de “erro” – o fornecedor que anunciou seus produtos ou serviços através de publicidade, diante da aceitação por parte do consumidor, recusa-se a cumprir a oferta sob o argumento de equívoco no material veiculado. Ou seja, a negativa do fornecedor se baseia na ideia de que não era aquela propriamente a sua vontade, e que o anúncio equívocado chegou ao consumidor sem que pudesse ser corrigido antes.

Ao tratar da questão, Benjamin (2013, p. 242) dispõe que, neste caso, é errado tratar de “erro” do anúncio; no máximo, poderia ser este termo utilizado em seu sentido vulgar. A expressão correta seria “equívoco”, vez que o fornecedor não se equivoca em relação ao bem que veicula através da publicidade, mas em relação ao próprio anúncio.

O erro, em seu sentido técnico, tem relação com as especificidades daquilo que é veiculado, corresponde a uma falsa representação da realidade. Nesse sentido, não pode ser empregado no caso de equívoco do anúncio, já que não se está falando em erro quanto à essência do produto ou serviço veiculado, mas em relação à comunicação que é feita sobre ele (BENJAMIN, 2013, p. 242).

Dessa forma, a publicidade que divulga informações errôneas sobre preço, condições para pagamento, prazo de entrega ou estoque não poderia ser abrangida pelas hipóteses trazidas pelo art. 139 do CC, que trata sobre o erro como defeito do negócio jurídico, a ensejar sua anulação, visto que se trata de erro do anúncio, e não de seu objeto (DIAS, 2013, p. 82).

Importa, para a obrigação contida no contrato, não a vontade íntima do fornecedor, mas aquela presente na declaração de vontade emitida. Dessa forma, não servirá para a responsabilização do anunciante o que quis dizer com o anúncio, ou se verdadeiramente o anúncio correspondia às informações que deveriam ser veiculadas. O consentimento do anunciante passa a ser exteriorizado a partir do momento em que usa da publicidade (BENJAMIN, 2011, p. 305-306).

Infere-se, portanto, que a responsabilidade objetiva do fornecedor trazida pelo art. 30 do CDC, bem como o princípio da vinculação da mensagem publicitária, não são afastadas, mesmo no caso em que houver equívoco no anúncio (DIAS, 2013, p. 82).

Pode-se falar que a atividade publicitária pressupõe risco profissional àqueles que a exercem, e por isso, também responsabilidade. Nesse sentido, o fornecedor-anunciante deve responder pela transmissão de más informações, pelo inadimplemento do contrato e também por atos ilícitos que decorrem da atividade publicitária (MARQUES, 2016, p. 854).

Ademais, uma vez que o anunciante detém as principais vantagens decorrentes da atividade publicitária, deve assumir os encargos correspondentes, dentre os quais está a possibilidade de haver desarmonia entre a vontade do anunciante e aquilo que foi efetivamente declarado por meio do anúncio destinado ao público (BENJAMIN, 2011, p. 307-308).

Uma vez estabelecida a responsabilidade objetiva do fornecedor-anunciante, também se conforma a ideia de que a cominação de um eventual dever de reparar serve ao estímulo de melhora na sua atividade administrativa e operacional, de forma a erradicar os riscos através de um controle de qualidade efetivo (BENJAMIN, 2011, p. 311).

Dessarte, assim como nos casos de acidente de consumo, atribui-se a responsabilidade sobre os riscos da atividade exercida, no caso, publicitária, à parte mais forte da relação, já que tal exercício serve muito bem ao seu objetivo de ampliação do mercado consumidor de seus produtos ou serviços (BENJAMIN, 2011, p. 311).

A fim de resolver os casos em que há divergência entre a vontade e a sua própria declaração, várias teorias se mostraram úteis para análise, tais como a teoria da vontade real, a teoria da declaração, teoria da responsabilidade e, por fim, a teoria da confiança (ROCHA, 1994, p. 59).

A teoria da vontade, segundo Enzo Roppo (2009, p. 297), consiste no entendimento de que as consequências dos contratos devem corresponder às representações mentais das partes, e cabe ao direito interferir e cancelar as operações em que haja a ausência ou defeito do pressuposto psíquico.

Por se tratar de concepção do contrato amadurecida nos séculos XVII e XVIII e aprimorada no século XIX, era de grande importância a vontade humana como fonte criadora de direitos e obrigações, ideia que não se adequa ao contexto da economia de massa. O direito, diante deste novo contexto, deve voltar suas atenções a assegurar a rapidez, segurança e estabilidade das relações contratuais, sendo impossível que atribua tamanha importância ao elemento psíquico dos que decidem contratar (ROPPO, 2009, p. 297-298).

Assim, ante a nova conjuntura das contratações, a teoria da vontade passou a dar lugar à teoria da declaração, a qual concedeu relevância maior aos elementos objetivos, identificados externamente. No caso de desconformidade entre a vontade do contratante e a

sua declaração, ou seja, entre o elemento subjetivo e o objetivo, este deve prevalecer, já que o direito visa à proteção daquele que recebe a declaração de vontade, de forma a assegurar a segurança e a estabilidade nas negociações (ROPPO, 2009, p. 298-299).

Segundo a teoria da responsabilidade, por sua vez, haveria a possibilidade de anulação do negócio jurídico desde que o agente não tenha agido com dolo ou culpa, ou seja, tenha atuado nos limites da boa-fé (ROCHA, 1994, p. 59).

Por fim, para melhor compreender a responsabilidade objetiva em caso de equívoco do anúncio, Claudia Lima Marques (2016, p. 855) destaca a teoria da confiança: caso haja desconformidade entre a vontade interna e a declarada, esta prevalece, em princípio, se e na medida em que despertou a confiança, suas expectativas legítimas, seja no outro contratante individualizado ou nas pessoas destinatárias da declaração.

Assim, vê-se que durante a evolução do estudo sobre o contrato, cada vez mais se vislumbra a sua objetivação, reduzindo a importância da vontade daqueles que se vinculam juridicamente, isto é, do momento psicológico para a formação do contrato. O elemento voluntarista passa a ter um novo tratamento, seja no conceito do contrato ou na análise jurídica de cada relação concreta (ROPPO, 2009, p. 297).

No que concerne à teoria da confiança, Claudia Lima Marques faz uma ressalva: caso o destinatário da declaração tinha conhecimento ou poderia ter de forma razoável que não correspondia à vontade interna do declarante, no mesmo momento da declaração, esta poderá ser anulada. Isto é, caso o outro contratante, que recebeu a mensagem, agiu de má-fé, não poderá ser beneficiado com a divergência entre a vontade interna e a declaração manifestada (MARQUES, 2016, p. 855).

Dessa forma, uma vez que uma declaração de vontade veiculada suscita a confiança no consumidor, impossível a sua anulação. Todavia, esta é justa quando a declaração não foi capaz de despertar a confiança no homem médio, ou quando certo consumidor teve ou deveria ter consciência, no momento da declaração, que esta não correspondia ao querer do fornecedor, e por conseguinte não foi capaz de suscitar a sua confiança subjetiva (MARQUES, 2016, p. 856).

Não há como se falar em expectativas legítimas suscitadas no consumidor quando a oferta publicitária claramente contém equívoco, vez que não é apta a despertar a confiança no consumidor médio. Dessa forma, a presença de erro grosseiro na oferta, por exemplo, não é capaz de fazer com que o fornecedor seja obrigado a cumpri-la – isto significaria permitir que o consumidor se beneficiasse de equívoco claro do fornecedor, o que não pode ser admitido em face da boa-fé objetiva (DIAS, 2013, p. 85).

Em vista da redução da importância do elemento voluntarista para a formação dos contratos, o CDC voltou suas atenções à proteção jurídica no consumidor em face dos efeitos dos contratos de consumo na sociedade, assegurando a confiança despertada naqueles que se submetem a formar um contrato. Dessa forma, a teoria da confiança se mostra como a melhor para resolver a divergência entre a vontade e a declaração (ROCHA, 1994, p. 60).

Nada impede, no entanto, que a teoria da vontade, que inspirou a ideia de que o erro é capaz de anular o negócio jurídico, disciplina contida no Código Civil, seja adotada a fim de proteger o consumidor (ROCHA, 1994, p. 60).

Lucia Ancona Lopes de Magalhães Dias (2013, p. 86) acrescenta ainda que não se pode admitir que o fornecedor se utilize de erros grosseiros em sua atividade publicitária para chamar a atenção do público consumidor, haja vista a possibilidade de não cumprimento da oferta que veiculou. Mais uma vez a relação de consumo não estaria pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, que rege todas as relações jurídicas.

Em vista disso, o equívoco no anúncio capaz de obstar ao fornecedor o cumprimento da oferta na forma em que foi veiculada somente pode ser verificada na análise do caso concreto, vez que a oferta, mesmo equivocada, deve ter sido capaz de suscitar a confiança no consumidor.

A questão sobre o equívoco do anúncio, dessa forma, pela sua relevância prática nas relações de consumo, já foi tratada pelos tribunais brasileiros. Em primeiro lugar, destaca-se recurso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRODUTO ANUNCIADO EM SITE DA INTERNET. COMPRA REALIZADA E CONFIRMADA. CANCELAMENTO POSTERIOR PELA RÉ. ALEGAÇÃO DE PREÇO VIL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO CONTRATUAL DA OFERTA. DEVER DO FORNECEDOR EM CUMPRÍ-LA. INOCORRÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO E ESCUSÁVEL. Recorre a ré pretendendo a reforma da sentença de parcial procedência da ação, que a condenou a disponibilizar ao autor o aparelho por ele adquirido, pelo preço ofertado de R\$ 2.529,09. Restou incontroverso que o autor adquiriu o aparelho "TV 55 3D LED Full HD c/ Smart TV Philips", pelo preço veiculado no site da ré, o qual não restou entregue porque a venda foi cancelada após o pagamento. Em que pesem os argumentos da ré de que houve equívoco na divulgação do preço do produto, tem-se configurado no caso em tela o Princípio da Vinculação Contratual da Oferta, a qual integra o contrato e obriga o fornecedor a cumprir o que veiculou, nos termos do artigo 30 do CDC. O fornecedor apenas alegou o erro de precificação ao disponibilizar o produto em seu site, mas sequer fez uma errata do valor correto. Ademais, não se verifica tamanha discrepância entre o preço ofertado em 23.05.2015, R\$ 2.529,09, e o preço anunciado em 26.05.2015, R\$ 4.199,00, a fim de justificar a alegação da ré de preço vil. Assim, ao ver a

oferta, o autor entendeu que se tratava de uma boa oportunidade para adquirir o aparelho, já que é comum as grandes empresas realizarem promoções com descontos significativos, não se cogitando de hipótese de erro grosseiro e escusável de preço. RECURSO DESPROVIDO. (TJRS, Recurso Cível Nº 71006071997, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Mara Lúcia Coccaro Martins Facchini, Julgado em 28/06/2016)

Neste caso, o consumidor, ao tomar conhecimento de oferta de produto em site da internet por menor preço do que o comum ofertado pelas demais empresas fornecedoras, aceitou-a. Ou seja, a oferta veiculada pela internet foi capaz de suscitar no consumidor confiança de que a publicidade era verdadeira, tanto que, presumida sua boa-fé, entendeu por oportuno e vantajoso aceitá-la.

Ainda, ao analisar a alegação de preço vil, ou seja, de erro grosseiro na oferta publicitária quanto ao preço, entenderam os julgadores que o preço ofertado da televisão, de R\$ 2.529,09, não poderia despertar no consumidor desconfiança sobre eventual equívoco na publicidade, já que não guarda diferença absurda em relação ao seu preço verdadeiro, de R\$ 4.199,00.

Além da oferta publicitária, o equívoco pode se dar também em sede de apresentação de produtos ou serviços, como no caso de exposição de preço em vitrines de lojas. Nesse sentido, também julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

CONSUMIDOR. OFERTA QUE VINCULA O FORNECEDOR. PREÇO DE EXPOSIÇÃO DO PRODUTO NA VITRINE. VINCULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TESE DE ERRO GROSSEIRO DA OFERTA. OBRIGAÇÃO DO FORNECEDOR EM ENTREGAR O PRODUTO PELO PREÇO OFERTADO AO CONSUMIDOR. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. - Deve ser mantida a sentença que julgou procedente o pedido de restituição em dobro da quantia paga a maior do que o preço de exposição do produto, determinando a restituição em dobro de R\$ 40,00, em razão de o tênis estar com o preço na vitrine de R\$ 149,00 e em seu interior R\$ 189,00, passando no caixa pelo último preço. Decisão proferida à luz do Código de Defesa do Consumidor, determinando a restituição em dobro, por se tratar de cobrança indevida, haja vista que a oferta obriga o fornecedor ao seu cumprimento, conforme dispõe o art. 30 do CDC. - Danos morais incorrentes, pois, em que pese os problemas enfrentados pelo autor em razão do descumprimento contratual, não restou comprovada, no caso dos autos, qualquer excepcionalidade que demonstrasse violação aos direitos de sua personalidade, sendo descabida a indenização. - Sentença mantida pelos próprios fundamentos. RECURSO DESPROVIDO. (TJRS, Recurso Cível Nº 71005040043, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Lusmary Fatima Turelly da Silva, Julgado em 09/04/2015)

O caso versa sobre um consumidor que escolheu um par de tênis cujo preço no mostruário era de R\$ 149,00; porém, ao passar no caixa da loja, descobriu que o correto seria R\$ 189,00. Ao final, a empresa fornecedora se recusou a vender pelo preço apresentado o calçado no número do consumidor, apenas em número menor – o que se tornou completamente inútil aos seus interesses.

Dessa forma, mesmo que não seja publicidade, como já foi abordado, o princípio da vinculação abrange qualquer tipo de oferta, inclusive as que aparecem em vitrines, máquinas automáticas ou rótulos de embalagens. Se a informação transmitida pelo fornecedor, que detém o conhecimento técnico e informacional daquilo que fornece ao mercado de consumo, ainda que equivocada, tem capacidade de despertar no consumidor confiança, não pode o fornecedor se escusar de cumprir a oferta nos exatos termos em que foi veiculada.

Nesse sentido, não poderia a empresa fornecedora se recusar em cumprir a oferta por mero equívoco, já que a diferença entre o preço real do produto e o contido na mensagem destinada ao público não eram tão discrepantes a ponto de o consumidor desconfiar de possível equívoco.

Há casos, no entanto, que essa desconfiança do consumidor é sentida, já que o equívoco no anúncio é percebido de forma flagrante. Neste sentido é o caso julgado pela 1ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cuja ementa é a seguinte:

VINCULAÇÃO DA OFERTA (ART. 30, CDC). PRODUTO ADQUIRIDO VIA WEBSITE. CANCELAMENTO DA COMPRA PÓS- PAGAMENTO E CONFIRMAÇÃO DE ENTREGA. QUEBRA DE CONTRATO UNILATERAL. ERRO GROSSEIRO- SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. , resolve esta 1ª Turma Recursal, por maioria de votos, CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto, nos exatos termos do vot (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0001806-03.2014.8.16.0182/0 - Curitiba - Rel.: Kelly Sponholz - - J. 01.09.2015).

O consumidor havia adquirido, através de site da internet, dois computadores pelo preço de R\$ 1.198,02. Após a confirmação do pagamento, o fornecedor rescindiu unilateralmente o contrato sob a alegação de erro grosseiro no anúncio, vez que, ao invés de constar o preço de R\$ 580,00 para cada computador, o correto seria o preço de R\$ 2.398,00, tanto que a informação equivocada na oferta ficou no ar até que fosse veiculada errata na própria página do site, quinze horas depois.

A oferta veiculada pelo site da internet correspondia a aproximadamente um quarto do valor correto do produto. Ou seja, é possível afirmar que ao consumidor médio poderia ter

nascido a dúvida sobre a veracidade da informação veiculada, vez que o preço ofertado é irrisório em face do valor a que são computadores ofertados comumente no mercado.

Assim, mesmo que a publicidade tenha sido suficientemente precisa a ensejar a vinculação da oferta, não pode o julgador se furtar a analisar as relações de consumo sob uma perspectiva de boa-fé objetiva das partes contratantes. Como verificável que a oferta era de fato equivocada, não pode o consumidor se valer disso a fim de adquirir produto ou serviço por preço vil. Afastada, dessa forma, a exigência do cumprimento forçado da oferta, opção trazida pelo art. 35 do CDC.

Nesta questão é de se salientar, ainda, os muitos casos de companhias aéreas que veiculam ofertas equivocadas em sites de internet em relação ao preço de bilhetes aéreos¹¹. A solução adotada pelos tribunais é a mesma: se a oferta, mesmo equivocada, foi capaz de gerar confiança do consumidor, não está afastado o efeito vinculante. Por outro lado, verificado que o consumidor, mesmo considerado em sua vulnerabilidade e desequilíbrio nas relações de consumo a ser protegido pelo CDC, podia ter desconfiado do equívoco na oferta, como quando o preço é extremamente baixo, em vista da boa-fé objetiva que rege as relações de consumo, impossível que se obrigue o fornecedor a cumprir a oferta nos termos a que foi veiculada, a causar o afastamento do princípio da vinculação da oferta.

3.4 A abrangência do efeito vinculante no *puffing* publicitário

Por fim, outro assunto de grande relevância prática acerca do efeito vinculante da oferta concerne a uma prática muito comum em meio publicitário, chamada de *puffing* – que “é o exagero, a publicidade espalhafatosa, cujo caráter subjetivo ou jocoso não permite que seja objetivamente encarada como vinculante” (NERY JUNIOR, 1995, p. 211). Corresponde ao uso, por exemplo, das expressões “o melhor da cidade”, “o mais interessante” ou “o mais gostoso” no anúncio publicitário.

Como já foi explicado no segundo capítulo deste trabalho, o princípio da veracidade deve reger toda a prática publicitária, vez que obriga o anunciante à observância do dever de informar o consumidor de forma correta, vedando a transmissão de informações errôneas,

¹¹ Nesse sentido, destacam-se, dentre outros, os seguintes julgados: TJRS, Recurso Cível Nº 71005603261, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabiana Zilles, Julgado em 26/01/2016; TJRS, Recurso Cível Nº 71005699541, Turma Recursal Provisória, Turmas Recursais, Relator: João Pedro Cavalli Junior, Julgado em 27/06/2016; Acórdão n.899525, 20140710406542ACJ, Relator: Flávio Fernando Almeida da Fonseca 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Julgamento: 25/09/2015, Publicado no DJE: 15/10/2015. Pág.: 296. O STJ, no entanto, ainda não apreciou tais casos de oferta equivocada de passagens aéreas.

falsas, obscuras sobre natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço, entre outros, sobre os produtos e serviços anunciados (art. 37, § 1º, CDC) (DIAS, 2013, p. 72).

Ou seja, a publicidade capaz de induzir o consumidor em erro, mesmo que não tenha decorrido de uma informação falsa do anúncio, enseja a configuração de publicidade enganosa pois ofende o princípio da veracidade (DIAS, 2013, p. 72).

Salienta Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias (2013, p. 72) que não é porque a publicidade é mentirosa, ou seja, não veicula informação verdadeira, que se trata necessariamente de publicidade enganosa. Um anúncio publicitário que transmite informações ao consumidor sobre produtos e serviços de forma exagerada, fantasiosa, não contém elementos capazes de ludibriá-lo, pois são técnicas publicitárias utilizadas justamente para atrair o público, exorbitando suas qualidades e características, capazes de fazer com que o consumidor manifestamente as perceba.

Ademais, como a técnica do *puffing* é muito comum nos casos em que o exagero se dá em relação aos elementos subjetivos do produto ou serviço objeto do anúncio, como as expressões “o mais gostoso”, “o melhor sabor”, “o mais acolhedor”, é difícil exigir a prova de tais afirmações, já que certamente as opiniões dos consumidores sobre o produto ou serviço serão diferentes (NUNES, 2013, p. 554-555). Por essa razão, o consumidor não dá crédito ao anúncio.

Assim, ao veicular informações irreais e exageradas ao público consumidor, consiste a técnica do *puffing* exceção ao princípio da veracidade, o qual se constitui em importante instrumento de repressão da publicidade enganosa (DIAS, 2013, p. 73).

Deve-se ter cuidado quando da análise do caso concreto. A publicidade que é exagerada notoriamente e que não é levada a sério pelo consumidor não consiste em conduta a ser rechaçada pelo CDC, vez que o consumidor não foi enganado pela informação veiculada. É o que ocorre, por exemplo, quando o anúncio faz o uso de advérbios ou adjetivos em grau superlativo, como “o melhor do mundo” (DIAS, 2013, p. 249).

Apesar disso, mesmo que se veiculem informações exageradas, nem sempre o exagero publicitário é capaz de afastar o princípio da vinculação previsto no CDC. Se a oferta publicitária com exagero é capaz de enganar o consumidor, induzi-lo a erro, configurada está a enganosidade; assim, as regras que lhe são pertinentes devem ser aplicadas (BENJAMIN, 2013, p. 266).

Dessa forma, somente a publicidade vaga e inofensiva desobriga o fornecedor de sua responsabilidade, vez que lhe faz faltar o elemento de suficiente precisão da informação

veiculada (BENJAMIN, 2013, p. 266), pressuposto básico para a incidência do princípio da vinculação.

Apesar de ser uma técnica de exagero, mesmo a hipérbole publicitária tem um mínimo de verdade, já que o anunciante exagera sobre uma característica que o produto ou serviço já possui. O exagero é reconhecido pelo público como privado de fundamentação objetiva, não possui comprovação fática, técnica ou científica, porém a qualidade que lhe é atribuída, ainda que enaltecida, deve corresponder a um mínimo de verdade (DIAS, 2013, p. 251).

O *puffing*, no entanto, corresponde a prática diferente do que se entende por publicidade de tom excludente. Neste caso, o anunciante-fornecedor apresenta seu produto ou serviço como superior aos demais concorrentes, ou em posição de exclusividade. Tal técnica não tem o condão de afastar o princípio da veracidade, já que são veiculadas informações possíveis de serem comprovadas objetivamente, o que se distingue do exagero publicitário vago, que é facilmente percebido pelo consumidor (DIAS, 2013, p. 252).

Assim, uma vez que a publicidade de tom excludente é capaz de suscitar no consumidor confiança acerca da veracidade das informações trazidas, pode induzi-lo ao erro caso seus dados não possam ser comprovados. É o que ocorre quando do emprego das expressões “somente”, “exclusivo”, “único”, etc. relacionadas a situações de exclusividade ou superioridade da empresa que anuncia, ou do produto ou serviço que é anunciado (DIAS, 2013, p. 252-253).

Sobre o *puffing* publicitário, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a não ocorrência de publicidade apta a induzir o consumidor em erro:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. Aplicável o CDC aos contratos bancários nos termos da Súmula 297 do STJ. Vedado o conhecimento de ofício acerca das abusividades (Súmula n.º381 do STJ). PUBLICIDADE ENGANOSA. Não demonstrada. Indicação da "melhor opção de financiamento". Técnica publicitária que se vale de linguagem com adjetivação exagerada, sem individualização de produto ou serviço. Ausência de ofensa ao artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor, in casu. JUROS REMUNERATÓRIOS MANTIDOS. Os juros remuneratórios previstos no contrato são menores que a taxa de mercado aplicada pelo BACEN no período. CAPITALIZAÇÃO. Admitida a capitalização de juros em periodicidade inferior à anual em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da MP 2.170-36/2001 e desde que pactuada. Na atual orientação do STJ, oriunda do REsp n. 973.827/RS, em caráter repetitivo, é permitida a capitalização de mensal de juros quando sua incidência for aferível pela análise das taxas de juros mensal e anual do contrato, na hipótese desta ser superior ao duodécuplo daquela. Todavia,

ante a ausência de recurso do banco credor, vai mantida a sentença no ponto, a qual limitou para periodicidade anual, evitando-se, assim, a *reformatio in pejus*. MORA. Paradigma - Resp nº 1.061.530/RS - No caso concreto, considerado ilegal encargo da normalidade, fica afastada a mora. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CUMULAÇÃO INADMITIDA. Limitação à soma dos encargos moratórios e remuneratórios do negócio. Impossibilidade da cumulação da comissão de permanência com outros encargos moratórios. Súmulas n.ºs 296 e 472 do STJ. CORREÇÃO MONETÁRIA. Não há prova da pactuação de índices de correção monetária do valor, presumindo-se que a expectativa inflacionária esteja embutida nos juros. Apelo não conhecido no ponto. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. Manutenção da recorrente na posse do bem. Proibição de inscrição de seu nome nos órgãos arquivistas. Medidas condicionadas aos depósitos das parcelas incontroversas. Desnecessidade, por ora, de fixação de astreintes ao cumprimento. Possibilidade de levantamento pelo fiduciário das parcelas incontroversas depositadas judicialmente. APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, PARCIALMENTE PROVIDA. (TJRS, Apelação Cível Nº 70065746273, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elisabete Correa Hoeveler, Julgado em 13/08/2015).

Neste caso, no que concerne à técnica publicitária sob análise, a instituição financeira, parte ré do processo, veiculou publicidade impressa com as expressões “a melhor opção de investimento”, “excelentes taxas” e “melhores ofertas do mercado”. Por se tratar de declarações vagas, sem precisão, incapazes de serem levadas a sério pelo consumidor, o TJ/RS identificou o emprego do *puffing*, o qual não enseja a vinculação do fornecedor aos termos exatos da oferta publicitária.

Em outro caso, julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina¹², discutiu-se a responsabilidade de empresa fornecedora de cigarros pelos problemas de saúde do autor, que passou a consumi-los desde os treze anos de idade. Manteve-se a improcedência do pedido indenizatório pela presença de culpa exclusiva da vítima. Dentre outros argumentos, o relator ressalta que a publicidade do cigarro – agora com nova regulação no mercado de consumo – usava de fantasias e exagero para atrair a atenção do público, já que visa ao alcance no maior número de vendas possível. No entanto, o uso de tal técnica publicitária não é capaz de, por si só, configurar sua enganiosidade, já que é por todos sabidos os males provocados pelo cigarro.

O *puffing*, embora seja técnica comum na prática publicitária, não foi analisada ainda pelo Superior Tribunal de Justiça, apesar de já ser objeto de discussão nos demais tribunais brasileiros.

Em síntese, a técnica do exagero, quando utilizada na prática publicitária, não vincula o fornecedor pois não é capaz de ser levada a sério pelo consumidor. Porém, caso a

¹² TJSC, Apelação Cível n. 2007.047053-8, de Garopaba, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 07-04-2011.

publicidade, ao invés de veicular informações vagas, desprovidas de objetividade, põe a empresa, o produto ou o serviço veiculado em situação de superioridade ou exclusividade em relação aos outros existentes no mercado de consumo, está sujeita tanto ao princípio da veracidade quanto da vinculação (DIAS, 2013, p. 254).

Cabe destacar ainda que a técnica do *puffing*, apesar de comumente utilizada na divulgação de produtos cosméticos e de limpeza, não deve servir para anunciar bens ou serviços que envolvem a saúde física e psicológica do consumidor, como os farmacêuticos e medicinais. Além disso, o exagero deve ser visto com atenção também nos setores que envolvem a saúde financeira do consumidor, como de oferta de emprego, cursos de formação profissional, operações imobiliárias, ou ainda que envolvam especificidades técnicas (DIAS, 2013, p. 255).

Adverte Benjamin (2013, p. 266) que, apesar de exceção ao princípio da veracidade e de ser capaz de isentar o fornecedor de responsabilidade, a técnica do *puffing* é utilizada porque vantajosa ao anunciante. Somente poderia ser compreendido dessa forma se, ao anunciar, entender o fornecedor que alguns consumidores crerão na publicidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, buscou-se analisar o efeito vinculante da oferta no contexto das relações puramente civis, reguladas pelo Código Civil, e das relações de consumo, pelo Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, o trabalho foi dividido em três eixos principais: o primeiro capítulo tratou de estudar a disciplina da vinculação da proposta no CC, o segundo o princípio da vinculação da oferta cujo tratamento é feito pelo CDC e, por fim, no terceiro capítulo, as questões práticas que permeiam o assunto.

Quando se afirma que a proposta do contrato “obriga” o proponente, conforme redação do art. 427 do CC, e também que toda informação ou publicidade “obriga” o fornecedor, de acordo com o art. 30 do CDC, não se está referindo à obrigatoriedade do ofertante de cumprir a prestação principal do contrato, mas à ideia de estar vinculado a manter a oferta, porque reduzido a um estado de sujeição. Ou seja, caso o destinatário da proposta opte por respondê-la afirmativamente, exercendo seu direito potestativo de aceitar, não pode o proponente não querer cumprir sua oferta, vez que estará sujeito aos efeitos que decorrem da aceitação.

Em linhas gerais, depois do estudo feito ao longo dos capítulos deste trabalho, pode-se dizer que a oferta ao público regida pelo Código Civil corresponde à oferta ao público do Código de Defesa do Consumidor – ambos os institutos visam à proteção do destinatário da mensagem ante a escusa do ofertante em cumprir aquilo que veiculou a um número indeterminado de pessoas. Entretanto, apesar do espírito do efeito vinculante da oferta ser o mesmo nos dois diplomas legais, o tratamento conferido em ambos é muito diferente.

Em primeiro lugar, a proposta tratada pelo Código Civil exige que tal manifestação de vontade, para que tenha efeito vinculante, se dê de forma a abranger tudo aquilo que é essencial à formação do contrato. Isto é, exige-se que disponha sobre as cláusulas fundamentais do futuro contrato, a fim de que, com a aceitação do destinatário da oferta, o consentimento sirva para a sua formação.

Por outro lado, ao tratar da oferta, o CDC afirma a obrigação do fornecedor em cumpri-la de acordo com os seus termos desde que seja suficientemente precisa. Ou seja, não é necessário que a oferta abranja todos os elementos considerados essenciais no contrato para que o ofertante esteja sujeito ao exercício do direito potestativo do consumidor de aceitá-la. Dessa forma, como foi exposto ao longo do trabalho, a disciplina tratada pelo CDC ampliou a possibilidade de incidência do princípio da vinculação da oferta, vez que qualquer informação

ou publicidade, preenchendo o requisito de suficiente precisão, é capaz de vincular o fornecedor.

Não bastasse isso, de forma a garantir os direitos do consumidor, figura vulnerável nas relações de consumo, o CDC ampliou a noção do objeto a ter incidência do efeito vinculante: não somente a oferta veiculada através de publicidade, que é a técnica mais comum de divulgação de produtos e serviços, mas também qualquer informação dada ao consumidor – seja através da exposição de produtos em vitrines, do diálogo efetuado com os funcionários de uma loja, dos rótulos, embalagens, entre outros.

Em contraposição ao alargamento do campo de aplicação do princípio vinculante nas relações de consumo, o art. 427 do CC, ao tratar da hipótese de destinação da proposta a uma pessoa especificamente, dispõe sobre os casos em que a sua obrigatoriedade resta afastada: quando resulta dos termos dela, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso. No que concerne à oferta feita entre pessoas presentes e entre ausentes, o código também dispõe sobre outros casos de perda da força obrigatória da proposta (incisos I a IV do art. 428). Além disso, o art. 429 do CC, ao tratar da oferta ao público, também ressalva a sua equiparação à proposta em face das circunstâncias e dos usos.

Ou seja, a disciplina prevista sobre o efeito vinculante da oferta no Código de Defesa do Consumidor é muito mais rigorosa do que a prevista no Código Civil. Isto inclusive em relação à possibilidade de revogação da oferta: no texto do CC, é admissível a retratação da proposta entre ausentes se chegar ao conhecimento do destinatário antes ou simultaneamente à proposta. Além disso, no que concerne à revogação da oferta ao público, somente é possível se feita pela mesma via de divulgação e prevista tal possibilidade na oferta já realizada.

Na disciplina do CDC, o tratamento é diverso. Neste, uma vez que não há previsão legal sobre a possibilidade do ofertante se retratar daquilo que veiculou, entende a doutrina majoritária que a oferta seria irretratável, em vista da relevância do princípio da vinculação nas relações de consumo, que passa a atuar já a partir do momento em que a publicidade ou informação é exteriorizada. Tal entendimento, em vista da lacuna no código, é digno de críticas, como foi exposto.

Em face da importância da publicidade como prática cada vez mais utilizada para a divulgação dos produtos e serviços e garantia de um mercado consumidor, o trabalho também se dedicou a analisar o conjunto de princípios, previstos no CDC, a serem observados na prática publicitária, quando veicula oferta destinada ao público. Foram destacados, dessa forma, os princípios da identificação da mensagem publicitária, da veracidade, da

transparência da fundamentação e o da correção do desvio publicitário a reger as relações de consumo.

Diante da recusa do ofertante em cumprir os termos da oferta, foram analisadas as opções, expressamente previstas no CDC, a serem escolhidas de forma livre pelo consumidor, no art. 35. Dentre elas consta a possibilidade de execução específica dos termos da oferta, previsão que não existe de forma expressa como alternativa ao aceitante que desiste da oferta nos casos em que regida pelo CC – caberia neste caso, em princípio, apenas perdas e danos. Entretanto, como visto, o que a doutrina tem entendido é que seria possível também a execução específica nestes casos.

Em face da ampliação do campo de incidência do princípio da vinculação prevista no Código de Defesa do Consumidor, as questões práticas referentes à oferta de consumo tiveram grande relevância para discussão no terceiro capítulo deste trabalho. Além do caso da recusa do cumprimento da oferta pelo fornecedor, foram analisadas as situações em que se configurou a responsabilidade civil decorrente do efeito vinculante da oferta, equívoco no anúncio e o *puffing*, que, como foi explicado, consiste na técnica de exagero publicitário.

Isto posto, em face da complexidade das relações econômicas e da despersonalização do vínculo que liga os contratantes que negociam, a oferta nas relações de consumo necessitava de novo tratamento, diferente das regras do CC, a fim de se restabelecer o equilíbrio entre as partes que contratam – propósito este do CDC. Assim, procurou-se neste trabalho explorar o efeito vinculante da oferta como direito e garantia do consumidor em face de sua vulnerabilidade e desigualdade, de forma a efetivar os objetivos do CDC como norma principiológica e microssistema próprio que rege as relações de consumo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

AZEVEDO, Antonio JUNQUEIRA DE. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 90, p. 121-132, jan. 1995. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67292/69902>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Cap. 5. p. 259-510. (Volume I).

_____. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994.

_____. Oferta e publicidade. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Cap. 8. p. 235-274.

BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Cap. 11. p. 348-403.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. **Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Uncitral**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em: 29 nov. 2016.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 09 nov. 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 out. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Contratos**. v. 3. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 3. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FADEL, Marcelo Costa. Breves comentários ao Código de Auto-regulamentação Publicitária do CONAR. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50, p.153-170, abr./jun. 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito dos Contratos - Volume 4**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**: Revista, ampliada e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e leis subsequentes. Doutrina, jurisprudência e aspectos práticos. Índice remissivo. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 883, p. 9-50, maio 2009.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Atualizadores: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

JACQUES, Daniela Corrêa. A proteção da confiança no direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 45, p. 100-128, jan./mar. 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 37, p. 59-76, jan./mar. 2001.

_____. **Direito Civil: Contratos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 32, p.45-54, nov./dez. 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Cap. 1. p. 31-53.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Publicidade de palco, merchandising e os limites da responsabilidade das emissoras de televisão – comentários ao Resp 1.157.228/RS. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 82, p. 377-400, abr./jun. 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. O regime da publicidade enganosa no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 15, p. 210-214, jul./set. 1995.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Luis Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PASQUALOTTO, Adalberto. Direito e publicidade em ritmo de descompasso. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 100, p. 501-527, jul./ago. 2015.

_____. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 3.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos: Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Erro na oferta no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 9/1994. p. 58-62, jan./mar. 1994.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Lisboa: Almedina, 2009.

ROSENVALD, Nelson. Arts. 421 a 480 – Contratos (geral). In: PELUSO, Cezar et al (Org.). **Código Civil comentado**. 10. ed. Barueri: Manole, 2016. p. 436-518.

SILVA NETO, Orlando Celso da. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TARTUCE, Flávio. Direito Material. In: TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. 5. ed. São Paulo: Forense, 2016. 1ª parte. p. 3-564.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral: Volume I.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.** 12. Ed. Atlas, 2012.