

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE/SP

MARCO ANTONIO LIMA

DO INSTITUTO DA OFERTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR

SÃO PAULO

2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE/SP

MARCO ANTONIO LIMA

DO INSTITUTO DA OFERTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR

Monografia apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC) – COGEAE, no curso de especialização em Direito das Relações de Consumo, sob a coordenação e assistência do Professor Doutor Frederico da Costa Carvalho Neto e do Professor Mestre Vinícius Simony Zwarg, ministrado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Orientador: Prof. Dr. Frederico de Carvalho Neto.

SÃO PAULO

2014

MARCO ANTONIO LIMA

**DO INSTITUTO DA OFERTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

Monografia apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC) – COGEAE, no curso de especialização em Direito das Relações de Consumo, sob a coordenação e assistência do Professor Doutor Frederico da Costa Carvalho Neto e do Professor Mestre Vinícius Simony Zwarg, ministrado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Orientador: Prof. Dr. Frederico de Carvalho Neto.

Aprovada em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

AGRADECIMENTOS

Como não poderia deixar de ser, meu primeiro agradecimento é para DEUS, pois em sua profunda sabedoria e misericórdia, meu deu a oportunidade de realizar e concluir este curso, no qual tive a honra e o privilégio de conviver com professores e colegas de sala que me acrescentaram, além de conhecimentos essenciais sobre a matéria, também amizade e solidariedade, elementos fundamentais para as nossas vidas.

Agradeço, também, ao Coordenador e Orientador Professor Dr. FREDERICO DA COSTA CARVALHO NETO, por toda disposição dispensada e incentivo para a conclusão do curso e do presente trabalho, sem me esquecer do Professor Ms. VINICIUS SIMONY ZWARG, pelo trabalho desenvolvido em sala de aula, pelo que merece meu respeito e admiração.

A todos os professores convidados que, com espírito inovador, não pouparam esforços em difundir seus conhecimentos.

Por derradeiro, dedico este trabalho à minha genitora, a qual, não está mais presente neste plano, mas que sem ela nada disto seria possível.

SUMÁRIO

1 APRESENTAÇÃO.....	6
2 DA RELAÇÃO DE CONSUMO	8
2.1 Consumidor: Breve síntese de sua evolução histórica.....	8
2.2 Consumidor: breve síntese de sua evolução jurídica	9
2.3 Da Vulnerabilidade do Consumidor	13
3 DA OFERTA NO CÓDIGO CIVIL.....	17
3.1 No Código Civil de 1916 e no sistema atual	18
4 DA OFERTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	24
4.1 Generalidades.....	24
4.2 Informação e Publicidade	25
4.3 Elementos da Oferta.....	26
5 DO PRINCÍPIO VINCULANTE DA OFERTA.....	31
5.1 Alternativas do Consumidor	32
5.2 Proibição de Recusa do Cumprimento da Oferta.....	34
5.3 Erro na Oferta	35
5.4 Sujeitos Responsáveis.....	36
6 DO DEVER DE REPOSIÇÃO DE COMPONENTES E PEÇAS.....	38
7 DA OFERTA NÃO PRESENCIAL.....	41
7.1 Do Direito de Arrependimento	43
8 CONCLUSÕES	46
REFERÊNCIAS	50

1 APRESENTAÇÃO

O objeto do presente trabalho é o estudo sobre a “oferta” nas relações de consumo, entretanto, para que o estudo fique completo, permitindo a perfeita compreensão sobre o tema, será feita uma abordagem sobre o conceito de “consumidor” e a sua evolução histórica.

Apesar da aparente simplicidade do tema, não bastaria apenas a exposição do que é oferta, dos seus efeitos e incidências, pois é imprescindível a análise da sociedade de consumo, com a compreensão da importância do consumidor na economia mundial, por uma razão muito simples: sem este, não há sociedade de consumo.

Vale lembrar que vivemos em uma sociedade capitalista, cujo sistema sócio econômico é baseado na venda de mercadorias e na busca incessante por lucros, o que traz um inequívoco desequilíbrio contratual, vez que o fornecedor detém o poder econômico e técnico sobre o produto ou serviço ofertado, enquanto que o consumidor, com sua vulnerabilidade, fica sujeito às regras que lhe são impostas.

Por outro lado, como muito bem observado pelo doutrinador Rizzatto Nunes:

A grande dificuldade que existe hoje de compreensão das regras brasileiras instituídas pela lei de proteção ao consumidor reside nesse aspecto típico da nossa memória jurídica. Apesar de a lei ter vigência desde 11 de março de 1991, a maior parte dos estudantes ainda veio sendo formada tendo por base a tradição privatista, absolutamente inadequada para entender a sociedade de massa do século XX. É por isso que, se não apontarmos, ainda que sucintamente, os pressupostos formadores da legislação de consumo, acabaremos não entendendo adequadamente por que o Código de Defesa do Consumidor traz um regramento de alta proteção ao consumidor na sociedade capitalista contemporânea, com regras específicas muito bem colocadas e que acaba gerando toda sorte de dificuldade de interpretação das questões contratuais, da responsabilidade, da informação, da publicidade, do controle in abstracto das cláusulas contratuais, das ações coletivas, enfim, literalmente tudo o que está por ele estabelecido. (NUNES, 2011, p. 57).

O consumidor é monitorado a todo o momento pelo registro de suas pesquisas de acordo com o IP de sua máquina, por um lado, esta prática poderia até facilitar a vida do consumidor, mas o objeto não é facilitar, e sim lhe cercar de tal maneira que a aquisição do produto ou serviço se torne, apenas uma questão de tempo.

Sobre o tema Camila Renaux, Consultora de *Marketing* Digital em Blumenau (SC), especialista em *Marketing* pela Fundação Getúlio Vargas (GV) e em Gestão de Negócios, Mercados e Projetos Interativos pelo I-Group, destaca:

Tracking ou rastreamento é o processo que permite conhecer três variáveis: “o que” (objeto), “de onde” (origem) e “para onde” (destino). Esse conceito não se aplica somente à bens e produtos, ele também é válido para dados. Ao “navegar” pela Internet, deixamos rastros de nossas ações em URLs (Uniform Resource Locator) e cookies (testemunhos de conexão), que podem ser rastreadas e gerenciadas por softwares.

Sim, é possível saber que você esteve no Portal Terra, navegou na seção de esportes, depois visitou a seção de carros, logou no Facebook – onde curti páginas sobre esportes e carros – e ao realizar uma busca pela palavra “Ferrari”, clicou no primeiro resultado – um link pago.

A inteligência de **cruzar esses dados** é a nova corrida do ouro na Internet. Ela acontece virtualmente e tem um objetivo claro: entender o que você procura, de onde, para onde, quando e como. Não é esse o sonho de todo profissional de Marketing? É também a mina de ouro das empresas .com e de publicidade segmentada! Resultado “quase” garantido para o anunciante. (RENAUX, 2012, online, grifos da autora).

Necessária, desta forma, a sua efetiva proteção no mercado de consumo, para assegurar o efetivo cumprimento da oferta pelo fornecedor.

É fascinante o estudo do instituto da “oferta”, dos seus efeitos e incidências, tanto na fase pré contratual, na contratual e na pós contratual.

Assim, procuraremos, palidamente, tratar da oferta no Código de Defesa do Consumidor (CDC), trazendo a relevo atualidades sobre o tema, dificuldades encontradas pelo consumidor e a sua efetiva tutela.

2 DA RELAÇÃO DE CONSUMO

2.1 Consumidor: Breve síntese de sua evolução histórica

De acordo com Gilles Lipovetski (2007, p. 26), de forma singela, podemos dividir a evolução da sociedade de consumo em três fases: “[...] (i) o nascimento do mercado de massa; (ii) princípio da revolução individualista; (iii) e a fase atual, com início desde os fins dos anos 70”.

Explica que o primeiro ciclo teve início em 1880, aproximadamente, terminando com a Segunda Guerra Mundial. Nesta fase, surgiram as primeiras máquinas de produção em massa, que produziam grandes quantidades de produtos padronizados e em série.

Com a produção em massa de produtos, ocorreu a diminuição do preço de venda, entretanto, esta primeira fase não está apenas marcada pela produção em massa, mas também, pela mudança cultural da sociedade.

Neste período, o *marketing* inventou a marca, tendo em vista que até então os produtos eram vendidos à granel, de forma anônima e as empresas passaram a investir em publicidade.

A fase I, então, está caracterizada, com a criação de máquinas capazes de desenvolver grande quantidade de produtos, em um espaço muito menor de tempo, com preço mais acessível, com a criação da marca e a utilização do *marketing* a seu favor, surgindo, então, o consumidor dos tempos modernos.

O *marketing* passa a utilizar de estratégias para fisgar os consumidores, transformando os produtos em desejo de consumo.

A fase II surge por volta de 1950 e dura, aproximadamente, três décadas, sendo caracterizada pela “sociedade da abundância”, cujo poder de compra do consumidor foi multiplicado por três ou quatro vezes (LIPOVESTSKI, 2007, p. 32).

A grande diferença consiste exatamente neste aspecto, posto que na fase I, só parte pequena da sociedade poderia “transformar o seu sonho em realidade”, enquanto que a fase II incorporou nova parcela da sociedade consumista, que outrora pertencia às elites sociais (LIPOVESTSKI, 2007, p. 32).

Entretanto, os equipamentos passaram a ter um período de vida útil menor, a preocupação estava voltada à quantidade, deixando a qualidade em segundo plano.

A fase II é aquela em que se esboroam com grande rapidez as antigas resistências culturais às frivolidades da vida material mercantil. Toda a máquina econômica se consagra a isso através da renovação dos produtos, da mudança dos modelos e dos estilos, da moda, do crédito, da sedução publicitária. O crédito é encorajado a fim de

comprar as maravilhas da terra de abundância, de realizar desejos em demora. Entre 1952 e 1972, o investimento publicitário francês é multiplicado pelo menos por cinco (em francos constantes); de 1952 a 1973, as despesas publicitárias americanas são multiplicadas por três. No começo dos anos 1960, enquanto a publicidade ganha novos espaços, uma família americana já está sujeita a cerca de 1500 mensagens por dia. É como uma época hipertrófica de ‘criação das necessidades artificiais’, de ‘esbanjamento’ organizado, de tentações onipresentes e de estimulações desenfreadas dos desejos que aparece a *affluent society*. Poderosa dinâmica de comercialização que erigiu o consumo mercantil em estilo de vida, em sonho de massa, em nova razão de viver. A sociedade de consumo criou em grande escala a vontade crônica dos bens mercantis, o vírus da compra, a paixão pelo novo, um modo de vida centrado em valores materialistas. (LIPOVESTSKI, 2007, p. 35, grifo do autor).

Esta sociedade ficou marcada pela prática voraz do consumo, em que o diferencial da pessoa não é exatamente o que ela é, mas sim o que ela tem.

A fase III é marcada por uma pequena mudança de comportamento, tendo em vista que o consumidor mantém o seu desejo insaciável pelo consumo, mas buscando uma maior qualidade, em razão da diversidade de ofertas.

A principal característica desta “nova fase” é muito bem explanada por Gilles Lipovetski (2007, p. 45):

Não é mais a hora da fria funcionalidade, mas da atratividade sensível e emocional. Diferentemente do marketing tradicional, que valorizava argumentos racionais e a dimensão funcional dos produtos, muitas marcas agora jogam a carta da sensorialidade e do afetivo, das ‘raízes’, da nostalgia (o ‘retromarketing’). Outras dão ênfase aos mitos ou ao ludismo. Outras, ainda, fazem vibrar a corda sensível cidadã, ecológica ou animalista. Lojas estimulam os sentidos a partir da ambiência sonora, difusão de odor e de cenografias espetaculares. Por toda a parte, o marketing sensorial procura melhorar as qualidades sensíveis, táteis e visuais, sonoras e olfativas dos produtos e dos locais de venda.

2.2 Consumidor: breve síntese de sua evolução jurídica

Por outro lado, a evolução vivida nestas três fases, resultou na necessidade de uma mudança no cenário mundial político, econômico e jurídico, para atender não apenas aos interesses individuais, mas como também aos interesses da sociedade.

Com o surgimento do liberalismo contratual, regido pelos princípios da autonomia da vontade e da igualdade, no século XIX, cabia ao Estado a tarefa única de policiamento dos indivíduos.

Nasce, então, o liberalismo econômico, visando o equilíbrio do sistema, mediante leis. A ideia era a harmonização dos interesses individuais e da sociedade.

Assim, surge o “positivismo jurídico”, definido por Ferraz Júnior (1976, p. 31-32):

O positivismo jurídico, na verdade, não foi apenas uma tendência científica, mas esteve também ligado, inegavelmente, à necessidade de segurança da sociedade

burguesa. O período anterior à Revolução Francesa caracterizara-se pelo enfraquecimento da justiça, através do arbítrio inconstante do poder de força, provocando a insegurança das decisões judiciais. A primeira crítica a esta situação veio do círculo dos pensadores iluministas. A exigência de sistematização do direito acabou por impor aos juristas a valorização do preceito legal no julgamento de fatos decisivos. Daí surgiu, em França, de grande influência em países em que o espírito napoleônico predominou, correspondendo, no mundo germânico à doutrina dos pandectistas. A tarefa do jurista circunscreveu-se, a partir daí, cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de unificação construtiva dos juízes normativos e dos esclarecimentos dos seus fundamentos, descambando, por fim, para o chamado ‘positivismo legal’, com a autolimitação da ciência do direito ao estudo da lei positiva e o estabelecimento da tese de ‘estatalidade do direito’.

A realidade, porém, demonstrou que era necessária a substituição do indivíduo pelo grupo, isto porque os produtores passaram a promover a concentração dos meios de produção, criando situações de oligopólio ou monopólio, dando início à sociedade de consumo.

Donato (1994, p. 18) assevera que:

Resta, ao final, o consumidor atingido por essa explosão produtiva, que o induz a buscar mais e mais a satisfação de suas necessidades e desejos e, ao mesmo tempo, torna-o impotente face à robustez adquirida pelo produtor. Contrariamente ao esperado, ou seja, ver-se o consumidor engrandecido pelo seu poder de compra, deparamo-nos com sua fragilidade, sua vulnerabilidade frente ao poderio econômico.

Do ideal propagado pela Revolução Francesa – Igualdade, Liberdade e Fraternidade – restou, pois, nas últimas décadas, encampado pela sociedade capitalista, a tão somente: igualdade e liberdade.

Se é que podemos de fato imaginar que havia “igualdade” entre consumidores e fornecedores, ao tempo em que a própria “liberdade” torna contornos estranhos ao exercício pleno da autonomia de vontade das partes.

Diante desta situação fática, necessária foi a criação de mecanismos de equilíbrio contratual, ou de defesa do consumidor, para proteger o bem maior – a Ordem Econômica e Jurídica, com vistas a assegurar a vida, a saúde, a liberdade de escolha e a igualdade de condições nos contratos.

Importante lembrar que até a criação do Código de Defesa do Consumidor, no Brasil, a relação era tratada pelo Código Civil de 1916 e por Leis esparsas, os quais não traziam a segurança necessária ao consumidor, que vulnerável que era, se submetia às regras do “*pacta sunt servanda*”, do ônus da prova, da competência territorial e etc..

Desta forma, o consumidor e o fornecedor eram tratados de forma igualitária pelo sistema jurídico vigente, o que tornava a relação comercial extremamente desequilibrada, onde o

fornecedor comumente se utilizava do seu poderio econômico ou técnico, para impor ao consumidor condições de inferioridade.

A validade do ato jurídico, pelo Código Civil de 1916, necessitava tão somente da: capacidade dos agentes, da manifestação de vontade, do objeto lícito e de forma prescrita ou não defesa em lei, conforme os artigos 81 e 82.

Desta forma, o que as partes viessem a pactuar, satisfaria a ordem jurídica positiva.

Na conjugação desses elementos, constatou-se, face à evolução contratual vivenciada, o desaparecimento da autonomia da vontade com a imposição do contrato ao adquirente que, contendo cláusulas já pré-redigidas, sempre visavam ao benefício do 'vendedor'. Um exemplo, era a frequente utilização das cláusulas exoneratórias da responsabilidade contratual, vindo a extinguir, destarte, toda a essência primitiva do voluntarismo e, conseqüentemente, da autonomia de vontade. Esse era o quadro jurídico vivido não só em nosso País, mas em todos aqueles regidos pelos códigos inspirados no 'Code Napoleón', aliado a inúmeros outros fatos como: a supremacia econômica do fornecedor sobre o consumidor; a falta de informação sobre a periculosidade de um produto; a intensa influência do *marketing* sobre o consumidor, tornando-o mero objeto manipulável; a falta de indenização por danos causados não só ao indivíduo, mas, por vezes, a uma coletividade. (DONATO, 1994, p. 39).

Em 1962, o então presidente dos Estados Unidos, John Kennedy, em discurso ocorrido na Organização das Nações Unidas (ONU), despertou a consciência dos países desenvolvidos, pois de acordo com o seu pronunciamento o consumidor era o grupo menos ouvido e mais importante para a economia.

Podemos afirmar que, o despertar do mundo para a importância do consumidor na sociedade, teve início no pronunciamento acima, tanto é verdade os primeiros sistemas protetivos do consumidor, foram criados após este pronunciamento, iniciando pela Suécia em 1971, que criou o *Ombudsman* e o Juizado de Consumo, seguida por Noruega (1972) e Finlândia (1978).

Pelo mundo passaram a ser criadas Leis protetoras dos direitos dos consumidores, como, por exemplo, na Alemanha que instituiu a lei da concorrência, ou ainda a Lei AGB-Gesetz. Na França foi editada, em 1973, a Lei Royer.

De uma forma geral, podemos afirmar que nas últimas três décadas – período que corresponde à fase III da evolução do consumo, vista no capítulo anterior, o direito alienígena superou as expectativas, tornando-se uma necessidade premente a todas as nações.

Um dos primeiro doutrinadores a tratar sobre o tema no Brasil foi Fábio Konder Comparato, que definia consumidor como “[...] aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, empresários.” (COMPARATO, 1980, p. 476).

Apenas em 1985, com a promulgação da Lei da Ação Civil Pública nº 7.347, houve a edição de uma norma que, ainda que abrangente, trazia uma proteção ao consumidor, bem como ao meio ambiente, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, firmando uma evolução histórica em nosso sistema.

Seguindo esta trilha, a Constituição Federal de 1988, reconhecendo a importância desta matéria, inseriu o direito do consumidor na categoria dos direitos individuais e coletivos e, ao mesmo tempo, aos deveres impostos ao Estado (artigo 5.º, XXXII), não obstante, estabeleceu que referido ramo do direito fosse tratado como princípio basilar da ordem econômica (art. 170, V) (BRASIL, 1988).

Em 11 de setembro de 1990, foi editada a Lei nº 8078, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, surgindo com *status* de raiz Constitucional e regrando de forma específica as relações de consumo.

Pela primeira vez havia uma norma editada especificamente para a proteção dos direitos do consumidor, tendo em vista que as normas protetivas, até então vigentes, eram incapazes de atender de forma efetiva os direitos do consumidor.

Neste sentido, a dificuldade encontrada pelo consumidor brasileiro até então, era desproporcional, isto porque, como já dito, o princípio da autonomia da vontade era quase que absoluto, cabendo ao consumidor ônus da prova, o que lhe tirava a condição de tornar prático o exercício do seu direito.

As dificuldades do consumidor não paravam nas questões acima expostas, pois a competência territorial era determinada pelo artigo 94 do Código Civil, ou seja, a ação deveria ser proposta no domicílio do réu, ou no local onde está a sua sede, conforme previsto no inciso IV, do artigo 100, do mesmo diploma legal, o que dificultava sobremaneira a sua defesa, aumentando os custos do ajuizamento da lide.

Outro aspecto que, afastava o consumidor do seu direito, consistia na dificuldade em saber qual era o sujeito passivo da ação, posto que o autor deveria mover a ação contra o vendedor e este por sua vez acionar, por denúncia a lide o fornecedor, o que certamente tornava a lide muito mais morosa, isto quando entre o fabricante e o vendedor, não havia cláusulas contratuais de exclusão de responsabilidade.

Se imaginarmos, então, uma situação em que o consumidor viesse a buscar a reparação por perdas e danos, sua jornada seria ainda mais dificultosa, pois o ônus da prova era seu, na forma do artigo 333, I do Código de Processo Civil.

O sistema favorecia a prática de fraudes pelo fornecedor, contudo, não se diz aqui que todo o fornecedor utilizava de meios ilícitos para obter lucro, mas que o sistema favorecia o fornecedor.

Na obra “A proteção jurídica dos interesses coletivos”, temos uma analogia que merece ser transcrita:

Em numerosos casos, a luta do cidadão isolado contra os responsáveis pelo ato lesivo e os beneficiários dele corre o risco de assemelhar-se à que travaria contra o gigante um Davi desarmado de funda. Tudo concorre para desencorajá-lo: o vulto das despesas, a complexidade das questões, a carência de conhecimentos técnicos, a força política e econômica dos adversários. Raro é aquele que se arrisca à empresa, fiado em seus próprios e exclusivos recursos. (MOREIRA, 1984, p. 177-178).

O fato é que os desiguais não poderiam ser tratados como iguais, flagrante e inequívoco era o desequilíbrio existente nas relações de consumo, posta vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor.

Com a promulgação da Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor houve substancial mudança nesta relação, posto que, dentre outros inúmeros direitos, foi reconhecida a vulnerabilidade do consumidor, não podendo este ser tratado de forma igual ao fornecedor.

A competência territorial passou a ser do domicílio do consumidor, assim como foram instituídos os direitos básicos do consumidor, dos quais se destacam: o direito à informação adequada e clara, à saúde, à segurança, a inversão do ônus da prova, a facilitação de seus direitos em Juízo, atribuindo ao fornecedor a responsabilidade objetiva.

O Código de Defesa do Consumidor tem por objetivo colocar o consumidor em pé de igualdade com o fornecedor, tornando a relação de consumo mais equânime, possibilitando de forma efetiva a tutela dos consumidores.

Vemos, diante disso, que o direito do consumidor verte em duas órbitas distintas e não excludentes entre si. A primeira converge suas atenções para assegurar a *incolumidade físico-psíquica* do consumidor, resguardando a sua saúde e segurança, ou seja, preservando sua vida e integridade contra acidentes de consumo (art. 8 a 17 do CDC). A segunda, distintamente, busca reger a sua *incolumidade econômica* como, p. ex., os arts. 18 a 21, 30, 32 e 35 do CDC. (DONATO, 1994, p. 34, grifos do autor).

2.3 Da Vulnerabilidade do Consumidor

Imaginemos uma situação em que o consumidor precisa, por exemplo, realizar um curso de especialização em determinada área de conhecimento e que o contrato reze expressamente que, em caso de desistência do curso por parte do contratante, este terá de

arcar com os custos do curso até o final do contrato, sob o argumento de impossibilidade de ocupação daquela “vaga” por outro aluno.

Inegável a abusividade do contrato e a nulidade desta cláusula, mas, por outro lado, a necessidade do consumidor em realizar a desejada especialização é premente. O contrato que lhe é fornecido possui cláusulas pré-estabelecidas, em outras linhas ao consumidor não é dada a oportunidade de negociar a cláusula leonina.

Como no exemplo acima, inúmeras são as situações em que há a violação frontal e direta ao princípio da isonomia, previsto na Constituição Federal.

Vale lembrar que o princípio da isonomia está previsto no “caput” do artigo 5.º, da Constituição Federal e assegura que todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, com a garantia de direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Destarte, a Carta Magna reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor determina que o Estado promova a sua defesa (art. 5.º, XXXII e artigo 107, V), regulando as relações de consumo ou impondo limites e parâmetros para a atividade econômica.

Isto posto, se todos somos iguais perante a Lei e, sendo a relação de consumo desigual entre as partes, tendo, ainda, o Estado a obrigação de prover a defesa do consumidor, necessária a adoção de regras para permitir a isonomia entre as partes no contrato de consumo.

Para Rizzato Nunes (2011, p. 57):

Tal reconhecimento é uma primeira medida de realização da isonomia garantida na Constituição Federal. Significa que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico.

Nos ensinamentos de Cláudia Lima Marques (2011, p. 302), o Consumidor é:

[...] o não profissional, aquele que retira da cadeia de fornecimento (produção, financiamento e distribuição) o produto e serviço em posição estruturalmente mais fraca, é o agente vulnerável do mercado de consumo, é o destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade atual, chamada sociedade ‘de consumo’ de massa ou de massa.

A mesma doutrinadora define a vulnerabilidade: “[...] é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direito, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.” (MARQUES, 2012, p. 93).

O consumidor não detém o conhecimento técnico a respeito do produto ou serviço que está adquirindo, ficando à mercê daquilo que lhe é ofertado, sua escolha já é reduzida na medida em que é fornecedor que escolhe “o que”, “quando” e “de que maneira produzir”.

De uma forma geral, o consumidor será vulnerável não só no aspecto técnico do produto ou serviço, mas também no aspecto econômico, que naturalmente, na maioria absoluta das vezes, pertencerá ao fornecedor.

Marques (2012) apresenta três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a fática. E um quarto tipo de vulnerabilidade básica ou intrínseca do consumidor, a informacional.

A técnica consiste na ignorância do consumidor sobre o produto ou serviço adquirido, atingindo o consumidor não profissional da área de aquisição, mas eventualmente, atingirá o profissional, destinatário final fático do bem.

A jurídica consiste na

[...] fonte irradiadora de deveres de informação do fornecedor sobre o conteúdo contrato, em face hoje da complexidade da relação contratual conexa e seus múltiplos vínculos cativos (por exemplos, vários contratos bancários e um formulário, vínculos com várias pessoas jurídicas em um contrato de planos e saúde) e da falta de clareza deste contrato, especialmente os massificados e de adesão. (MARQUES, 2012, p. 94).

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica é aquela vinculada à diferença econômica existente entre o fornecedor e o consumidor.

Por derradeiro, referida doutrinadora, conclui que a vulnerabilidade informacional é a fundamentada no direito básico do consumidor à informação, principalmente, por vivermos em uma sociedade de consumo cada vez mais visual, rápida e de risco.

Entretanto, entendo, humildemente, que poderíamos definir a vulnerabilidade em duas frentes: a técnica e a econômica, isto porque, de alguma forma todas as demais categorias estariam enquadradas nestas duas espécies.

O fato é que o consumidor precisa adquirir produtos e serviços, e ainda que tenha por violado os seus direitos básicos, só terá duas opções: “adquirir” ou “ficar sem”, não havendo isonomia ou igualdade nesta relação.

Além da vulnerabilidade prevista expressamente no Código de Defesa do Consumidor (art. 4.º, inciso I), a doutrina e a jurisprudência criaram um novo conceito baseado na vulnerabilidade agravada.

Em outras palavras, enquanto a vulnerabilidade ‘geral’ do art. 4.º, I, se presume e é inerente a todos os consumidores (em especial tendo em vista a sua posição nos contratos, tem desta obra), a hipervulnerabilidade seria inerente e ‘especial’ à situação pessoal de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade,

deficiência física ou mental) ou temporária (doença, gravidez, analfabetismo, idade). (MARQUES, 2012, p. 93).

Novamente, ousamos divergir do entendimento acima, o qual é acolhido pela jurisprudência, difícil vislumbrar a hipervulnerabilidade, pois entendemos que a vulnerabilidade prevista no Código de Defesa do Consumidor já assegura a todos os consumidores, sem qualquer distinção, a proteção contratual.

Para melhor explicar sobre as razões do nosso entendimento divergente, imaginemos uma situação em que o fornecedor causa lesão ao direito de dois consumidores por ato idêntico, o primeiro seria o considerado consumidor “com vulnerabilidade normal” o segundo, seria um consumidor “com hipervulnerabilidade”, imaginemos um idoso. Sabemos que em favor do idoso haverá, ao menos em tese, a prioridade nos trâmites processuais, mas não em razão da vulnerabilidade prevista no CDC, mas do Estatuto do Idoso.

Entendemos que a proteção dada pelo Código de Defesa do Consumidor “normal” e ao dito “hipervulnerável”, seria idêntica. Não haveria em favor do consumidor hipervulnerável uma inversão maior do ônus da prova, ou uma interpretação ainda mais favorável (pela sua possível dificuldade no discernimento do que lhe foi apresentado), ou o afastamento de uma cláusula que teria plena validade ao consumidor “normal”, isto porque a vulnerabilidade é matéria de ordem pública e deve ser aplicada a todos indistintamente com análise caso a caso, de acordo com as peculiaridades que envolvem a relação contratual e, no meu modesto entendimento não está vinculada necessariamente à idade do consumidor.

Assim, no exemplo acima, basta imaginarmos que o consumidor “normal” é extremamente leigo com dificuldade fática de compreensão e o “hipervulnerável” um idoso extremamente culto, sem qualquer dificuldade do discernimento e compreensão. Se eu tivesse que eleger um consumidor “hipervulnerável” não utilizaria a idade (Estatuto do Idoso) como ponto de partida, mas sim as condições fáticas da contratação.

3 DA OFERTA NO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil, ao tratar da “oferta”, utiliza a denominação “proposta”, exceção feita ao seu artigo 429, quando trata da proposta direcionada ao público não determinado, denominando-a como “oferta” (BRASIL, 2002).

Assim, a doutrina inclinou-se a entender que para o Código Civil a proposta é aquela direcionada à determinada pessoa, ou seja, o oblato é específico e determinado, enquanto que a oferta é direcionada de forma difusa, ou seja, sem destinatário certo, divulgada para o público em geral.

Antes da formação de um contrato, existe a fase pré contratual, em que um produto ou serviço é ofertado no mercado e, em nosso ordenamento jurídico a parte que realizou a proposta está vinculada ao seu cumprimento.

Para Nery Junior (2009, p. 427), proposta consiste:

Na declaração de vontade emitida com a finalidade de realização de um contrato futuro. A intenção do proponente é comunicar ao destinatário sua intenção de contratar. Para tanto, a proposta deve conter todos os elementos e requisitos essenciais, previstos, indispensáveis e suficientes para a celebração do negócio jurídico que se pretende, de modo que com um simples ‘sim’ do destinatário o contrato se forme (Breno Fishcer. Dos Contratos por correspondência. José Konfino Editor, RJ, 1937, n. 72, p. 89). O emissor da proposta, ou seja quem faz, é denominado ‘proponente’ ou policitante.

Fran Martins, na obra “Contratos e Obrigações Comerciais” ensina que o contrato obedece as fases de sua formação divididas em “proposta” ou “oferta” e “aceitação”:

Desse fato resultam as chamadas ‘fases de formação dos contratos. Consistem essas fases na iniciativa tomada por uma das partes, a que se dá o nome de ‘proposta’ ou ‘oferta’, e na manifestação da vontade da outra parte sobre o mesmo objeto, denominada ‘aceitação’. Naturalmente, a segunda parte pode recusar a proposta e, nesse caso, o contrato não se fará. Já que o contrato é um ‘acordo de vontades’, para a sua existência necessárias se tornam uma ‘proposta’ ou ‘oferta’ e uma ‘aceitação’. Tais os elementos indispensáveis à formação dos contratos, com a consequência lógica de que, para haver um acordo, mister se faz que as partes estejam primitivamente em posições antagônicas, visando o contrato justamente harmonizar esses interesses contrários, o que se dá mediante a troca de consentimentos. (MARTINS, 2001, p. 71).

Este aspecto é de suma importância, pois da “proposta” surgirá a manifestação de vontade da parte, base do contrato a ser celebrado. Neste sentido, o doutrinador Venosa (2008, p. 347) conclui que: “Quando o homem usa de sua manifestação de vontade com a intenção precípua de gerar efeitos jurídicos, a expressão dessa vontade constitui-se num negócio jurídico.”.

O mesmo doutrinador, na obra “Código Civil Interpretado”, assevera a importância da autonomia de vontade como fonte do negócio jurídico: “A preponderância da autonomia da vontade no direito obrigacional, e como ponto principal do negócio jurídico, nos vem dos conceitos traçados para o contrato no Código Francês e no Código Civil alemão.” (VENOSA, 2013, p. 582).

O tema não é novo, o Código Civil de 1916, já tratava da matéria nos artigos 1080 a 1087, denominando oferta por “proposta”, na Seção II, da “Formação dos Contratos”.

3.1 No Código Civil de 1916 e no sistema atual

Assim, o artigo 1.080 do revogado Código Civil previa: “A proposta do contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.” (BRASIL, 2002, online).

Referida redação foi integralmente mantida no Código Civil de 2002, em seu artigo 427.

O legislador brasileiro adotou o sistema germânico. Neste, a proposta possui efeito vinculante, com efeitos concretos, dizendo respeito tanto aos presentes quanto aos ausentes, entretanto, importante ressaltar que este princípio vinculante não é absoluto, no Código Civil.

Considerando que a proposta (ou oferta), é a primeira fase do contrato, a declaração de vontade do proponente ao oblato é fundamental para a formação do contrato. Uma vez apresentada, seu aperfeiçoamento decorre da simples aceitação do oblato, parecendo correta a adoção, pelo legislador, do princípio vinculante.

A proposta poderá ocorrer entre presentes e ausentes. Entre os presentes a simples aceitação de forma inequívoca do oblato já aperfeiçoa o contrato. Contudo, se o oblato não estiver presente¹ quando da proposta, a sua aceitação deverá ser expressa, sendo que qualquer alteração da proposta equivalerá a uma nova proposta não gerando os efeitos necessários.

Destarte, nos termos do artigo 427 do Código Civil (artigo 1080 do Código Civil de 1916), o proponente estará vinculado ao cumprimento da oferta, sendo que o não cumprimento sujeitará o proponente, em caso de aceite do oblato, à indenização por perdas e danos.

¹ A doutrina entende que o contrato entre presentes não depende apenas da presença física das partes num mesmo local, ao contrário, firmou entendimento que em nossa sociedade globalizada, considera-se contrato entre presentes aquele celebrado por telefone, “chats” na internet. Assim, a proposta entre ausentes está diretamente relacionada ao uso de carta ou telegrama, com ou sem a intervenção dos serviços dos correios. (VENOSA, 2013).

O Código Civil, entretanto, prevê exceções que podem afastar o seu efeito vinculante, tal assertiva encontra-se devidamente redigida no próprio artigo 427 do Código Civil de 2002 (e, no revogado Código Civil), ao estabelecer “[...] se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.” (BRASIL, 2002, online).

Assim, o proponente em sua proposta poderá se isentar do cumprimento forçado da oferta, bastando que estabeleça uma condição ao oblato, como por exemplo, “promoção sujeita à confirmação”, ou que expressamente informe que a proposta não possui efeito vinculante, com a utilização de frases como “material para divulgação, sem valor de oferta” (BRASIL, 2002, online).

A análise será feita no caso concreto, mas entendemos que esta é a principal diferença entre a proposta no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, pois naquele o efeito vinculante da oferta não é absoluto, enquanto que nesse é absoluto.

As exceções dispostas na lei permitem a conclusão de que a manifestação de vontade nesse aspecto não é oferta, mas apenas parte das negociações preliminares. No entanto, leve em conta também que a proposta pode ter um prazo de validade, ou então os usos e costumes não a fazem obrigatória. É o que será examinado no caso concreto. Não persistindo as exceções legais, a recusa em contratar pelo ofertante o sujeitará à indenização por perdas e danos. (VENOSA, 2013, p. 601).

Com relação aos herdeiros do ofertante, cabe a estes o cumprimento da oferta do proponente falecido, integrando-se, desta forma, como elemento passivo da herança, se transmitindo como qualquer outra obrigação.

O artigo 1997 do Código Civil estabelece que a herança responde pelo pagamento das dívidas do “*de cujus*”, cada herdeiro respondendo na proporção de sua herança.

Apesar de a herança ser vista como benefício do inventário, os herdeiros podem responder em direitos e obrigações, é o que estabelece o artigo 1792 do Código Civil: “O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.” (BRASIL, 2002, online).

Por outro lado, vale observar que os herdeiros poderão se retratar na forma prevista no artigo 428, IV do Código Civil de 2012 (inciso IV, do artigo 1.081 do Código Civil de 1916).

O artigo 428 do Código Civil prevê situação em que a proposta deixa de ter o efeito vinculante:

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

- II – se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;
- III – se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;
- IV – se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente. (BRASIL, 2002, online).

O Código Civil de 1916 possuía redação muito semelhante, sendo que a alteração ocorreu no inciso I, com o acréscimo da parte sublinhada, em razão do avanço da sociedade e dos meios tecnológicos existentes.

Referido acréscimo era imprescindível, já que nos dias atuais as operações podem ser realizadas com um simples *click* em um *link* da empresa proponente, restando por presente sempre que as partes estiverem simultaneamente conectadas.

Com relação ao artigo, a primeira ideia que devemos tirar diz respeito à questão do prazo temporal, isto porque a proposta terá validade por determinado lapso temporal, não sendo razoável imaginar o contrário.

Este dispositivo legal apresenta um rol taxativo, assim o inciso I, determina que o prazo para a aceitação do oblato presente, deve ser o do oferecimento da proposta, perdendo efeito vinculativo se não for imediatamente aceita.

Na análise do inciso II, o grande questionamento diz respeito ao momento da aceitação, pois seria ele o momento em que o proponente recebe a resposta (teoria da cognição ou informação), ou no momento em que o oblato declara sua aceitação (teoria da agnação ou declaração).

A teoria da cognição parece não atender aos interesses da boa fé contratual, já que o proponente poderá dizer que recebeu a resposta após o prazo, ou ainda que sequer recebeu a resposta, se desonerando de sua obrigação, o que não parece razoável.

Com relação à teoria da agnação esta se subdivide em três novas teorias: (i) “teoria da declaração” propriamente dita, o aceite ocorreria no momento em que o oblato redigisse sua resposta; (ii) “teoria da expedição” o aperfeiçoamento estaria condicionado à postagem da aceitação pelo oblato; (iii) “teoria da recepção”, semelhante à teoria da cognição, o negócio jurídico estaria aperfeiçoado com o recebimento da correspondência pelo proponente.

O sistema adotado pelo nosso legislador é o da “teoria da expedição”, valendo destacar que nos termos do inciso III, a resposta do oblato necessariamente deverá ser dentro do prazo estipulado pelo proponente.

Entretanto, caso a proposta não contenha expressa previsão de sua vigência, esta não terá prazo indeterminado de validade, cabendo a análise pelo caso concreto.

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. Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalva esta faculdade na oferta realizada. (BRASIL, 2002, online).

Não há correspondência deste artigo com qualquer artigo do revogado Código Civil de 1916.

Neste artigo, a preocupação do legislador está com a oferta feita sem direcionamento específico, ou seja, ao público atingindo um número indeterminado de pessoas.

Assim, estabelece que a oferta ao público se equivale à proposta quando encerrados os requisitos essenciais do contrato.

Nos termos do parágrafo único de referido artigo, a oferta somente poderá ser revogada, pela mesma via de divulgação, sendo requisito essencial para o uso desta faculdade a sua expressa previsão na oferta realizada. O Art. 430 diz que: “[...] se a aceitação, por circunstâncias imprevista, cegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos.” (BRASIL, 2002, online)

O Código Civil de 1916 apresentava o mesmo texto legal em seu artigo 1082.

Por motivo alheio à vontade das partes a resposta do oblato poderá chegar ao proponente tardiamente, em que pese a sua postagem dentro do prazo estipulado. Nestes casos, o proponente poderá ter concluído pelo desinteresse do oblato acreditando na “ausência tempestiva de resposta”, optando por novos rumos comerciais (BRASIL, 2002, online).

Por outro lado, o oblato terá a certeza da celebração do contrato, em razão da resposta dentro do prazo determinado.

Não à toa o legislador empregou no termo “imediatamente”, exatamente para evitar a negligência dos interessados, respondendo por perdas e danos neste caso. “Art. 431 – A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta.” (BRASIL, 2002, online).

O Código Civil de 2002, não apresenta alteração quanto ao disposto no artigo 1083 do Código Civil de 1916.

Como já visto, a aceitação pelo oblato da proposta fora do prazo não acarretará ao proponente o cumprimento da oferta, em razão do já disposto no artigo 428, III do mesmo diploma.

Qualquer alteração nos termos da proposta importará em nova proposta (contraproposta) e não gerará, por razões lógicas, qualquer efeito contratual, pois necessária a

anuência do proponente. “Art. 432 – 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.” (BRASIL, 2002, online).

No Código Civil de 1916, a referência é o artigo 1.084, cuja redação é extremamente similar, havendo tão somente a substituição “não seja costume”, por “não se costuma” (BRASIL, 2002, online).

A hipótese do presente artigo é aplicável tão somente aos casos em que não seja de costume a aceitação expressa do oblato, ou que o proponente a tenha dispensado, não significa.

No Código Civil interpretado Venosa (2013, p. 613), temos que:

O presente dispositivo requer cautela, porque não se constitui em regra geral. Nem sempre há necessidade de aceitação expressa da proposta, ou porque em determinada categoria de negócios não seja costume ou porque essa aceitação seja dispensada pelo próprio ofertante. Nesse caso, a conduta do oblato é fundamental porque se não desejar aceitá-la deve recusar expressamente, fazendo com que essa recusa chegue em tempo hábil ao proponente. Assim, por exemplo, em um contrato de fornecimento, no qual regular e periodicamente são enviados materiais ao oblato: se numa dessas ofertas o interessado não desejar o negócio, deve manifestar-se oportunamente, sob pena de ter-se a proposta por aceita. Note que não se pode admitir o silêncio do oblato por si só como aceitação da proposta: o silêncio somente ter-se-á como aceitação se os usos e costumes autorizarem no caso concreto. O presente texto não se refere diretamente ao silêncio como manifestação de vontade.

Outra interpretação não poderia ser dada a referido dispositivo legal, isto porque, o oblato ficaria à mercê do proponente, sua aceitação deve ser sempre expressa, sendo que a exceção prevista na regra é apenas para os casos em que não seja de costume a aceitação expressa e/ou em que o proponente houver dispensado. O “Art. 433 Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante.” (BRASIL, 2002, online).

A redação dada pelo correspondente artigo 1.085 no Código Civil de 1.916 era idêntica.

Se ao proponente é possível a revogação da sua proposta, como já visto, o oblato, também, tem a possibilidade de revogar a sua aceitação, bastando que comunique sua retratação até chegar ao proponente a sua aceitação.

O tratamento do proponente e do oblato é equânime e, referido dispositivo legal deve ser interpretado de forma concomitante com o artigo 428, IV do Código de Processo Civil.

Desta forma, se o pedido de retratação e o aceite do oblato chegarem na mesma data, surgirá então a questão que deverá ser analisada de acordo com o caso concreto.

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. (BRASIL, 2002, online).

O Código Civil de 1916 possuía redação semelhante, sendo que houve no “caput” de referido houve a substituição do termo “por correspondência epistolar, ou telegráfica” por “entre ausentes” (BRASIL, 1916, online).

Conforme já explanado anteriormente, nosso ordenamento jurídico adotou a “teoria da expedição”, assim considera-se entre ausentes todo o contrato que “exigir um interregno entre a proposta e a aceitação”, conforme muito bem abordado pelo doutrinador Venosa (2013, p. 601).

O rol constante nos incisos do artigo 434 é taxativo e já foram analisados anteriormente. O “Art. 435 – Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto” (BRASIL, 2002, online).

A redação do artigo 435, do Código Civil de 2012 é idêntica à redação do artigo correspondente no Código Civil de 1916.

O primeiro aspecto a ser observado é que as partes podem convencionar o foro competente e a lei aplicável, com base no princípio da autonomia da vontade.

A Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que: “Art. 9.º e; §2.º - a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.” (BRASIL, 2002, online).

Assim, a regra geral é da incidência da lei local em que foi feita a proposta.

4 DA OFERTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Sendo o consumidor vulnerável no mercado de consumo, o legislador preocupou-se em lhe garantir o direito de obter aquilo que lhe foi ofertado, criando o efeito “vinculante” da oferta, que será estudado em tópico próprio.

Em outras palavras podemos afirmar que a oferta feita pelo fornecedor deverá ser cumprida, o pressuposto básico desta condição é a confiança depositada pelo consumidor.

Conforme nos ensina Lisboa (2012), o pilar da legítima declaração de vontade advém da confiança recíproca depositada por ambas as partes negociantes.

Referido doutrinador prossegue trazendo o conceito da palavra confiança:

Confiança é vocábulo de sentido equívoco, vem do latim ‘creditare’, que denota dar crédito, ter esperança. Classificada como palavra que exprime faculdade cognoscitiva e subclassificada como resultado do raciocínio, confiança possui os seguintes análogos de interesse para este trabalho: modo de ver, convicção, certeza, ‘fiducia’, crédito e credo. (LISBOA, 2012, p. 1).

Portanto, a confiança para o consumidor é a certeza de que o que lhe foi efetivamente apresentado é o que será contratado/adquirido, sendo este o objetivo do Código de Defesa do Consumidor.

4.1 Generalidades

Em razão do desequilíbrio contratual existente, o princípio da autonomia da vontade das partes necessita de intervenção pública, ou seja, uma limitação de ordem jurídica.

Azevedo (2002, p. 24) esclarece que:

O Estado, muitas vezes, interfere na ordem privada, retirando dos indivíduos a possibilidade de exercício pleno da liberdade contratual. Quando, assim, atua o Estado intromete-se nos interesses dos particulares, para impedir que o direito de uma das partes no contrato não se veja diminuído pelo da outra, evitando a colisão dos mesmos direitos.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, é matéria de ordem pública que estabelece condições e limites na relação de consumo, inclusive na oferta.

Assim, o Estado estabeleceu norma protetiva dos consumidores, criando princípios básicos e demais regras relativas à relação de consumo.

A Lei nº 8078/90 tem por objetivo assegurar a autonomia “real” de vontade da parte mais fraca, impondo direitos aos consumidores e deveres aos fornecedores.

Outro não é o entendimento Marques (2011, p. 741) sobre o tema:

No direito comparado, observa-se que as técnicas legislativas de proteção aos consumidores em matéria de contratos de consumo visam também garantir uma nova proteção da vontade dos consumidores na formação dos contratos, isto é, garantir uma ‘autonomia real da vontade do contratante mais fraco’ – uma vontade protegida pelo direito, vontade liberta das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda, em suma, uma vontade racional (‘volonté rationnelle’). Não há como negar que o consumo massificado de hoje, pós-industrial, está ligado faticamente a uma série de perigos para o consumidor – vale lembrar os fenômenos atuais de superendividamento, de práticas comerciais abusivas, de abusos contratuais, da existência de monopólios naturais dos serviços públicos concedidos ou privatizados, de falhas na concorrência, no mercado, na informação e na liberdade material do contratante mais fraco na elaboração e conclusão dos contratos. Apesar de todos estes perigos e dificuldades, o novo direito contratual visa concretizar a função social dos contratos, impondo parâmetros de transparência e boa-fé.

Este controle realizado pelo Estado é baseado nos princípios básicos da boa-fé e da necessária proteção da confiança na sociedade de consumo, neste sentido Cláudia Lima Marques na obra citada, Koetz e Zweigert (1984) e Canaris (2000).

4.2 Informação e Publicidade

O artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor utiliza de dois vocábulos que não podem ser interpretados como se sinônimo fossem, vez que não à toa foi inserido pelo legislador.

De acordo com o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária (a referência é o Código), em sentido amplo, publicidade seria a utilização por qualquer meio de comunicação, inclusive “[...] embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto de venda”, senão vejamos:

Artigo 18

Para os efeitos deste Código:

- a. a palavra anúncio é aplicada em seu sentido lato, abrangendo qualquer espécie de publicidade, seja qual for o meio que a veicule. Embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto-de-venda são, para esse efeito, formas de publicidade. A palavra anúncio só abrange, todavia, a publicidade realizada em espaço ou tempo pagos pelo Anunciante;
- b. a palavra produto inclui bens, serviços, facilidades, instituições, conceitos ou ideias que sejam promovidos pela publicidade;
- c. a palavra consumidor refere-se a toda pessoa que possa ser atingida pelo anúncio seja como consumidor final, público intermediário ou usuário. (BRASIL, 1978, online).

Neste sentido, podemos afirmar que toda a publicidade contém informação, contudo nem toda a informação é publicidade. A publicidade está inserida no contexto de informação.

Rizzatto Nunes (2011, p. 455) de forma elucidativa explica que:

Acontece que informação é mais ampla. Ela abrange tudo isso, mas é também a fala ou resposta do gerente do banco, do funcionário do atendimento telefônico da administradora do cartão de crédito, o preço dado pelo feirante, ‘de boca’, para o consumidor, do agente emissor de passagens de qualquer tipo do ‘maitê’ no restaurante, do recepcionista no hotel, são os dados técnicos apresentados nas embalagens e nos rótulos dos produtos, enfim, é qualquer informação oferecida por todo e qualquer meio de comunicação escrita, verbal, gestual etc. que chegue ao consumidor.

Pode-se, então, dizer que a oferta é um veículo, que transmite uma mensagem, que inclui informação e publicidade. O fornecedor é o emissor da mensagem e o consumidor é seu receptor.

4.3 Elementos da Oferta

Antes de analisarmos os elementos da oferta, cumpre realizarmos uma rápida abordagem sobre alguns dos direitos básicos do consumidor (art. 6.º), sem perder de vista os direitos consagrados na Política Nacional de Relação de Consumo (art. 4.º).

Como já estudamos, a vulnerabilidade do consumidor é expressamente reconhecida pelo CDC (art. 4.º, inciso I), entretanto, o código assegura ao consumidor, dentre outros direitos, a garantia à sua dignidade, saúde e segurança, bem como, a proteção aos seus interesses econômicos (“caput” do art. 4.º).

Seguindo o determinado no art. 4.º, o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6.º, estabelece os direitos básicos dos consumidores.

Para a análise do tema em estudo, destacam-se os seguintes princípios básicos: direito à informação adequada e clara (inciso III), proteção contra métodos comerciais coercitivos ou desleais (inciso IV), a vedação à modificação de cláusulas contratuais (V), efetiva reparação aos danos patrimoniais e morais (VI) com a garantia de facilitação de acesso aos órgãos administrativos e judiciais (VII), com a possibilidade de inversão do ônus da prova (VIII);

Isto posto, ao consumidor é assegurado o direito à “[...] informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”, conforme o inciso II, do art. 4.º do CDC (BRASIL, 1990, online).

Contudo, o legislador brasileiro, preocupado com a vulnerabilidade do consumidor, reforçou a ideia de “dever de informar bem” e, em seu artigo 31 estabeleceu os elementos da oferta e apresentação:

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. (BRASIL, 1990, online).

Portanto, a oferta deve assegurar ao consumidor o direito à informação (correta, clara, precisa, ostensiva e em língua portuguesa) quanto ao produto ou serviço que está sendo ofertado (características, qualidades, composição, preço, garantia, prazo de validade, origem, inclusive, sobre os riscos que apresentem à saúde e segurança do consumidor e indelével nos casos de produtos refrigerados).

Não se pode olvidar que alguns produtos/serviços não apresentaram alguns destes elementos, assim o fornecedor ficará desobrigado de prestar esta informação. Rizzatto Nunes (2011) exemplifica a inexistência de composição para o caso da administradora de cartões de crédito, isto porque a composição é algo específico de produtos.

De uma forma geral, o fornecedor deve obedecer ao disposto no artigo 31, jamais perdendo de vista que é sua obrigação de informar e informar bem, sobre o que realmente está sendo ofertado considerando a sua finalidade e eventuais riscos que apresentem e, qual o custo que representará efetivamente ao consumidor.

Da análise, pormenorizada do disposto no artigo sob análise temos que é dever do fornecedor:

Prestar **informações corretas** sobre os produtos e serviços ofertados, contudo, neste aspecto sequer seria necessária referida determinação, tendo em vista que seria inadmissível ao fornecedor prestar informações incorretas.

A oferta deve conter informações **claras**, neste aspecto o legislador pretende afastar o uso de termos técnicos que não seriam facilmente identificados pelo consumidor, ou seja, termos que para o leigo seriam ininteligíveis.

As informações além de corretas e claras devem ser **precisas**, ou seja, informações genéricas, vagas e/ou ambíguas, são vedadas expressamente pelo CDC. Rizzatto Nunes (2011) exemplifica o prazo de validade de um produto, tendo em vista que muitos não apresentam a informação consistente de sua validade após a abertura da embalagem.

É, também, dever do fornecedor prestar informações **ostensivas** sobre os produtos e serviços que são disponibilizados. Infelizmente, o que vemos é o costumeiro descumprimento da regra. Como exemplo, podemos citar as inúmeras ofertas de veículos, em que ao final da publicidade televisiva são utilizadas letras miúdas, de difícil ou impossível leitura dentro do tempo em que ficam disponibilizadas.

Ora, a vedação é exatamente contra a utilização de meios que impossibilitem a compreensão pelo consumidor, isto porque a regra assegura a necessidade de utilização de letras ostensivas.

Portanto, se há a expressa vedação de utilização deste mecanismo para captação de clientes (consumidores), entendemos que a informação ou cláusula expressa desta forma não possui qualquer validade.

A doutrina não diverge do entendimento supra, sendo que este raciocínio é acompanhado por Rizzatto Nunes (2011) e Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marque e Leonardo Roscoe Bessa (2011).

Outro não é o entendimento Jurisprudencial:

ACÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO CONTRATUAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. 1) TABELA PRICE IMPLICA EM CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. VEDAÇÃO. SÚMULA 121 DO STF. MP 2170-36/01 INAPLICÁVEL. CONTRATO ANTERIOR À SUA EDIÇÃO. 2) CAPITALIZAÇÃO ANUAL. PERMISSÃO.

[...]

2. 'No caso concreto, **ausente no contrato previsão expressa, clara e inequívoca** de cobrança de juros capitalizados mensalmente, ilegal a capitalização na periodicidade mensal, ressaltando-se as possibilidade de capitalização anual em virtude do disposto no artigo 591 do Código Civil.² (JUSBRASIL, 2013c, online, grifo nosso).

Apesar de não haver previsão expressa no artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, não podemos perder de vista que a saúde é direito de índole constitucional e regulado como básico ao consumidor. Assim, se um produto pertence à determinada categoria de alimentos, como por exemplo, os que atingem a categorias como alérgicos ou diabéticos, as informações sobre a composição deste deve ser de forma ostensiva.

Portanto, normas especiais podem inserir novas obrigações, mas jamais suprimir as que determinam o Código de Defesa do Consumidor, neste sentido temos legislação específica sobre alimentos e medicamentos.

A informação constante na oferta deve ser em **língua portuguesa**, mesmo porque se há ao fornecedor o dever de informar e bem o seu consumidor, difícil seria imaginar que esta obrigação pudesse ser em outro idioma que não o nacional.

A doutrina diverge quanto ao tema, pois para Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marque e Leonardo Roscoe Bessa (2011, p. 237) há a exceção desta obrigatoriedade:

Não se trata, contudo, de obrigação cega. Tem ela uma 'ratio', e, uma vez que esta esteja ausente, desnecessária a aplicação da norma. O que se busca é dar ao consumidor informação plena e adequada. Quer-nos parecer que, por tal linha de raciocínio, estão isentos os estabelecimentos que só vendem produtos importados, exatamente porque o seu consumidor tem calar percepção do caráter especial daquele fornecimento. Igual solução merecem as seções de importados dos grandes supermercados e magazines, desde que total e suficientemente separadas das

² TJPR - 15ª CCív. - ApCív. 425563-6 - Rel. Des. Hayton Lee Swain Filho - j. 25.07.2007 - DJ 03.08.2007 - grifo nosso). APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (TJ-PR, Relator: Shiroshi Yendo, Data de Julgamento: 19/09/2007, 16ª Câmara Cível.

restantes. Tal exceção, contudo, não se aplica às advertências contra riscos e instruções de manuseio. A saúde do consumidor vem sempre em primeiro lugar.

Por outro lado, Rizzatto Nunes (2011, p. 468) diverge do entendimento supra:

Por isso foi com surpresa que verificamos que os comentadores do CDC, ao tratar desse tema da língua portuguesa, disseram que as lojas que vendem produtos importados e as seções de importados dos supermercados não estão obrigadas a fornecer informações em português porque ‘o seu consumidor tem clara percepção do caráter especial daquele fornecimento’ (sic). Além de contraria a lei, essa observação doutrinária corre o risco de ser tachada de preconceituosa.

Concluindo mais adiante, que:

Além disso, esquece-se que é impossível conhecer todas as línguas estrangeiras (bem como todos os produtos importados) e que, com a ‘globalização’, existem no mercado brasileiro produtos de praticamente todas as nacionalidades. Será que mesmo esse consumidor brasileiro especial consegue ler textos em inglês, francês, alemão, árabe, japonês, coreano, chinês, italiano, hebraico, espanhol e etc.? (NUNES, 2011, p. 468).

Inclinamo-nos a adotar a teoria de Rizzatto Nunes (2011), tendo em vista que este é objetivo da norma, caso contrário o consumidor brasileiro haveria uma verdadeira inversão de valores, ou seja, o consumidor teria que aprender a traduzir ou abster-se de comprar produtos importados, o que não nos parece razoável.

Afinal vivemos na era do capitalismo leve, em que a tecnologia estrangeira está acessível à boa parte dos consumidores brasileiros, inclusive aqueles denominados mais simples. Ora, não raras vezes em pessoas simples adquirem produtos importados com parcelas à perder de vista. Esta é uma realidade que não pode ser desprezada e/ou ignorada.

Quanto a utilização de idioma alienígena para marcas, produtos, alguns serviços, não há óbice algum, neste aspecto não diverge a doutrina.

O parágrafo único do artigo 31 prevê, ainda, que as informações de produtos refrigerados deve ser **indelével**, ou seja, não podem se apagar se apagar. O fato é que todo o produto seja ele congelado ou não, deve conter informações indelévels.

As informações supra são sobre as características dos produtos ou serviço ofertado ao consumidor, entretanto, há ainda a obrigação do fornecedor dever informar sobre a qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem.

A **qualidade** do produto ou serviço, compreende a informação sobre o fim a que se destina, tendo intrínseca relação com utilidade.

A **quantidade** está relacionada ao peso do produto, ou quantidade de unidades, ou ainda quanto aos serviços o número de sessões, por exemplo, que um paciente poderá realizar

pelo preço pago. Em suma, é garantido ao consumidor saber pelo que ou pelo quanto está pagando.

A **composição** está diretamente relacionada às características do produto ou serviço, ou seja, do que ele é efetivamente composto.

O **preço** é o valor à vista a ser pago pelo produto ou serviço. Nunes (2011), na obra já mencionada, observa que somente as instituições financeiras podem cobrar juros, assim, o preço é o valor a ser pago à vista:

Ver-se-á que há uma prática enganosa comum no mercado nesse exemplo. O lojista diz ‘a vista 20% de desconto ou em 3 vezes sem acréscimo’. Trata-se de publicidade enganosa, já que, se o produto custa R\$100,00 e há 20% de desconto, o preço real é de R\$80,00. No parcelado a diferença estará embutida. (NUNES, 2011, p. 469).

Não obstante, insta ressaltar que o preço deve constar de forma ostensiva, para permitir o exato juízo de valor pelo consumidor, impedindo, ainda, que este passe pelo constrangimento de ser surpreendido com o valor inesperado.

É dever do fornecedor informar de forma ostensiva o preço do produto ou serviço colocado no mercado de consumo, entretanto, o fato é que na prática muitos fornecedores deixam de seguir a lei.

Outro dever do fornecedor é informar sobre a **garantia** do produto ou serviço, afinal cabe ao consumidor analisar se o valor pago é o “justo” e esperado, considerando uma expectativa mínima de garantia do produto.

Entretanto, não havendo expressa garantia contratual, o prazo é o estabelecido em lei 90 (noventa) dias para produtos duráveis e 30 (trinta) dias para os não duráveis.

O **prazo de validade** deve constar em todo e qualquer produto perecível. Inclusive, o prazo de validade geral (produto fechado) e prazo de validade específico (produto aberto).

É um direito do consumidor saber a **origem** do produto, para que possa identificar o responsável pela produção do bem.

5 DO PRINCÍPIO VINCULANTE DA OFERTA

Após a análise dos elementos da oferta, convém abordarmos os seus efeitos no mercado de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu o princípio vinculante da oferta, ou seja, se um produto ou serviço foi efetivamente ofertado ao consumidor, deverá o fornecedor cumprir os exatos termos de sua oferta.

Neste aspecto, não podemos perder de vista que a responsabilidade do fornecedor é objetiva, respondendo ele pelos termos da sua oferta independentemente de culpa ou não, salvo em exceções que serão posteriormente analisadas.

Assim, a regra é: a oferta obriga o proponente em todos os seus termos! Uma vez feita a oferta não poderá o fornecedor voltar atrás, a oferta publicitária é irretratável (art. 29 do Código de Defesa do Consumidor).

O art. 30, ao ampliar a noção de ‘oferta’ e ao afirmar que as informações, dadas ‘integram’ o futuro contrato, revolucionou a ideia de ‘*invitatio ad offerendum*’. Agora, qualquer informação ou publicidade veiculada que precisar, por exemplo, os elementos essenciais da compra e venda – ‘*res*’ (objeto) e ‘*pretium*’ (preço) – será considerada como uma oferta vinculante, faltando apenas a aceitação (‘*consensus*’) do consumidor ou consumidores em número indeterminado. (MARQUES, 2011, p. 756).

E nem poderia ser diferente, pois sendo o consumidor vulnerável no mercado de consumo, não poderia ser atraído por uma oferta “mentirosa” ou “enganosa” por qualquer meio.

A manifestação de vontade do consumidor deve ser plena e livre de qualquer tipo de vício de consentimento.

O sistema protetivo do CDC impede que o consumidor seja lesado por práticas comerciais desleais e abusivas e, vale repetir a responsabilidade do fornecedor será sempre objetiva.

No “Manual de Direito do Consumidor”, os doutrinadores Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marque e Leonardo Roscoe Bessa (2011, p. 232) não divergem sobre o tema:

Sem dúvida alguma, a responsabilidade dos arts. 30 e 35 é objetiva, pois seu texto em nada alude à culpa do anunciante, razão pela qual não pode o intérprete agregá-la, muito menos num contexto em que, seja pela vulnerabilidade da parte protegida (consumidor), seja pelas características do fenômeno regido (a publicidade), o direito, antes mesmo da interferência do legislador, já se encaminhava na direção da objetivação da responsabilidade civil.

E, posteriormente é dada a seguinte conclusão:

Finalmente, não custa recordar, a tendência no direito do consumidor é pela adoção do princípio da reparação integral (art. 6., VI e VII, do CDC). Não seria a publicidade – exceto se o legislador assim o dissesse expressamente- uma exceção à regra geral. A norma, pois, em matéria publicitária é a mesma aplicável ao sistema geral protetório do consumidor: causado gravame, cabe o dever de reparar ‘in totum’, inclusive pelo danos morais sofridos (art. 6.º, VII). (BENJAMIN; MARQUE; BESSA, 2011, p. 233).

Sobre o tema, Rizzatto Nunes (2011, p. 456) esclarece que:

[...] é o fenômeno da vinculação. Oferecida a mensagem, fica o fornecedor a ela vinculada, podendo o consumidor exigir seu cumprimento forçado nos termos do art. 35 (que comentaremos à frente). Se o fornecedor quiser voltar atrás na oferta não poderá fazê-lo, até porque, como de resto decorre da estrutura do CDC, a oferta tem caráter objetivo. Feita, a própria mensagem que a veicula é o elemento comprobatório de sua existência e vinculação.

Conforme já exposto, a responsabilidade será sempre do fornecedor, sendo que em caso de “erro” da agência ou do veículo, estes poderão ser acionados pelo fornecedor em ação de regresso, tendo em vista que só ele dispõe dos elementos necessários para tanto: contrato, dados do anúncio e outros.

Portanto, o Código de Defesa do Consumidor é revolucionário neste aspecto, pois estabelece o princípio vinculante da oferta, mantendo a responsabilidade objetiva do fornecedor.

5.1 Alternativas do Consumidor

Acompanhamos o entendimento de Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa (2011), quando elegem os artigos 30 e 35, como os principais dispositivos que regem a matéria da vinculação contratual.

Isto porque, o artigo 30 prevê expressamente o princípio vinculativo da oferta, enquanto que o artigo 35 estabelece quais as opções do consumidor em caso de descumprimento por parte do fornecedor:

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. (BRASIL, 1990, online).

A primeira conclusão que podemos extrair do “caput” do artigo 35 é que é vedado ao fornecedor a recusa no cumprimento da oferta, isto em decorrência do princípio vinculativo da oferta, inserido no artigo 30.

Não obstante, importante lembrar que o fornecedor (em caso de recusa no cumprimento da oferta) estará sujeito ainda às sanções criminais e administrativas, previstas nos Capítulos XII e XIII, da Lei 8.078/90.

Voltando à análise do artigo 30, o primeiro aspecto a ser observado é que o consumidor não precisa justificar a razão da escolha por uma das alternativas dos incisos I, II e III, tendo em vista que a própria norma legal prevê que será “à sua livre escolha” (BRASIL, 1990, online).

Assim, se estamos diante de uma negativa do fornecedor o consumidor poderá procurar exercer o seu direito por via administrativa (reclamação na Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON por ex.) ou, ainda judicial (com pedido de tutela antecipada na forma do §3.º, do artigo 84, do CDC).

Nesta mesma linha, não podemos perder de vista que o Código Consumerista assegura o direito do consumidor à ampla reparação dos danos sofridos, inclusive, no que diz respeito aos danos extrapatrimoniais.

O **inciso I**, prevê a possibilidade do consumidor “[...] exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade” (BRASIL, 1990, online), o que dificilmente será aceito pelo fornecedor (em que pese a existência de previsão legal) sem determinação judicial neste sentido.

A hipótese do **inciso II**, nas palavras de Rizzatto Nunes (2011, p. 484) é inócua, pois “[...] não era preciso a norma para que o consumidor aceitasse a substituição”.

Se o fornecedor se recusa ao cumprimento da oferta, contudo, possibilita outra escolha ao consumidor e este a aceita, desnecessária seria a normatização neste sentido, isto porque as regras do inciso I (exigir o cumprimento) e do inciso III (rescindir o contrato) deixariam a opção de aceitar a opção dada pelo fornecedor, o que é já seria natural nas relações de consumo.

O **inciso III** prevê que terá o consumidor a opção de “[...] rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.” (BRASIL, 1990, online).

Assim, não interessando mais ao consumidor a manutenção do contrato outrora celebrado, em razão do descumprimento da oferta pelo fornecedor, ele poderá optar pela rescisão do contrato, com a devolução de eventuais valores pagos, devidamente corrigidos, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (sejam de ordem material ou moral) que vier a sofrer.

5.2 Proibição de Recusa do Cumprimento da Oferta

Como já vimos, em caso de descumprimento da oferta o consumidor poderá exigir (alternativamente e à sua escolha): o cumprimento forçado da obrigação, a rescisão do contrato com a devolução atualizada dos valores já adiantados ou, ainda, a substituição do produto ou serviço, por outro equivalente.

Contudo, considerando que a responsabilidade do fornecedor é objetiva e que a oferta o obriga em todos os seus termos, não havendo escusa para o não cumprimento, ou ainda, sendo a oferta de caráter irretratável, temos que nos exatos termos da lei (matéria de ordem pública) o fornecedor não poderia se recusar a cumprir a oferta.

Em nossa cultura, as opções do artigo 35, apenas terão validade com uso da coercitividade em desfavor do fornecedor, ou seja, por via administrativa ou judicial.

O consumidor terá em seu favor a possibilidade da concessão da tutela antecipada prevista no §3.º, do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, por outro lado, em que pese o respeito ao Poder Judiciário, inegável a morosidade do sistema e o baixo valor das condenações em perdas e danos, o que acaba por incentivar a prática delituosa dos fornecedores.

O tema é polêmico, mas não pode ser ignorado. Posto que, o consumidor tem uma garantia legal e, inevitavelmente, terá um árduo caminho a percorrer para efetivar o seu direito.

No exemplo abaixo, a questão foi exaurida, tão somente, na Corte Máxima do Supremo Tribunal Federal, o que demonstra a inequívoca resistência do fornecedor e a dificuldade dos consumidores:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. RELAÇÃO CONSUMERISTA. OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DENOMINADO SISDEB, QUE PERMITE À SOCIEDADE EMPRESÁRIA RECEBER PAGAMENTOS DE SEUS DEVEDORES, CORRENTISTAS DO BANCO, POR MEIO DE DÉBITO AUTOMÁTICO EM SUAS CONTAS. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. OFENSA REFLEXA AO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. [...].

Com base nos artigos 30 e 35, inciso I, do CDC o réu está obrigado a celebrar o contrato com a autora. Isso porque, a partir do momento em que o banco publicamente ofertou um produto sem especificar quais os requisitos para a celebração do contrato de aquisição do mesmo, ele está obrigado a firmar contrato com qualquer consumidor interessado, não podendo alegar o princípio

da liberdade contratual (autonomia da vontade) para eximir-se de firmar o contrato (fl. 252). (JUSBRASIL, 2013a, online, grifo nosso)³.

Isto posto, as opções dadas em lei ao consumidor, não terão necessariamente eficácia imediata, este dependerá da máquina do judiciário (sobrecarregada) e da resistência imposta pelo fornecedor (com a utilização dos mais diversos recursos processuais) para retardar o efetivo cumprimento da oferta.

Assim, não raras são as vezes em que o consumidor, ao se deparar com a resistência do fornecedor do cumprimento da oferta, opta por uma quarta alternativa: se submete à ilicitude que lhe foi imposta ou nada adquire, isto porque o valor da diferença, apesar da abusividade imposta pelo fornecedor, não compensa a utilização do judiciário.

5.3 Erro na Oferta

Já dissemos que a responsabilidade do fornecedor é objetiva, assim, responde pelo cumprimento da oferta, mesmo na existência de “erro”.

Entretanto, é necessário destacar que há uma exceção a esta regra: o “erro evidente”, ou seja, se o erro for grosseiro/aparente.

Neste aspecto, importante ressaltar que a boa fé na conclusão dos contratos, não é dever apenas do fornecedor, mas também do consumidor, assim, se houver a oferta de um produto por um preço incompatível com a realidade, não poderá o consumidor se valer daquele anúncio, pois inequívoco e aparente é o erro da mensagem publicitária.

Sobre o tema, Rizzatto Nunes (2011, p. 457) discorre:

Relação que não se apresenta concretamente, na realidade, revestida da característica de respeito à boa-fé e ao equilíbrio, princípios básicos da Lei n. 8078, não poderia ser aceita como válida. Logo, nesse exemplo especial, no qual o equívoco é extremo, o direito tem de admitir a recusa do fornecedor, como rara exceção do cumprimento da oferta, uma vez que aquele erro leva para fora dos quadros regulares da juridicidade instituída e dos princípios e normas impostos pelo CDC.

O Código de Defesa do Consumidor não tem por objetivo criar mecanismos de desfavorecimento ao fornecedor, ao contrário, busca torna a relação consumerista equilibrada, atribuindo direitos aos consumidores e deveres aos fornecedores.

³ AI 609983 AgR, Relator (a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 05/05/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02348) Ex positis, NEGO SEGUIMENTO ao agravo de instrumento. Publique-se. Int.. Brasília, 23 de agosto de 2011. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente (STF - AI: 774426 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 23/08/2011, Data de Publicação: DJe-169 DIVULG 01/09/2011 PUBLIC 02/09/2011).

Assim, se o objetivo da norma é o equilíbrio a harmonização de interesses, sentido algum teria obrigar o fornecedor a cumprir o anúncio publicitário gravado com erro inequívoco.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL Interposição contra sentença que julgou procedente ação de obrigação de fazer. **Propaganda veiculada em jornal que oferece veículo automotor por preço incompatível com o real de mercado. Erro grosseiro e escusável, que não configura oferta vinculativa.** Discrepância que permite concluir pela inexistência de dolo ou má-fé por parte da fornecedora, e que a desobriga ao cumprimento do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor. **Prevalência dos princípios da boa-fé objetiva e vedação ao enriquecimento sem causa.** Autor qualificado como comerciante, e que certamente tem a exata noção de que o veículo que pretende adquirir tem preço de mercado consideravelmente superior ao que deseja pagar. Ação julgada improcedente. Sentença reformada. (JUSBRASIL, 2013d, online, grifo nosso)⁴.

“DIREITO DO CONSUMIDOR. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO DO PROCON. MULTA. **ERRO EM ANÚNCIO DE JORNAL. ERRATA TARDIA. RESPONSABILIZAÇÃO DO FORNECEDOR.** AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SENTENÇA MANTIDA. 1) O FORNECEDOR TEM A OBRIGAÇÃO DE OFERTAR SEU PRODUTO E FORMA TRANSPARENTE, GARANTINDO AO CONSUMIDOR O CONHECIMENTO REAL DO NEGÓCIO A SER REALIZADO. 2) EM RAZÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR, MESMO QUE O ERRO NA PUBLICAÇÃO DE ANÚNCIO TENHA SIDO DO JORNAL, A LOJA DEVE RESPONDER PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES. 3) A ERRATA DEVE SER PUBLICADA EM TEMPO PARA PREVENIR ALGUM PREJUÍZO AOS CONSUMIDORES, QUE SEJAM ENGANADOS PELA PROPAGANDA ERRADA. 3.1) PERCEBE-SE QUE A ERRATA FOI PUBLICADA TARDIAMENTE, OU SEJA, DEPOIS DE JÁ TER HAVIDO RECLAMAÇÃO NO PROCON. 4) **O ERRO NO ANÚNCIO NÃO FOI GROSSEIRO, MAS CAPAZ DE INDUZIR A ERRO O CONSUMIDOR.** 5) ESTANDO CORRETA A DECISÃO DO PROCON EM APLICAR MULTA AO FORNECEDOR DO PRODUTO, IMPOSSÍVEL RECONHECER A ELE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 6) RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (JUSBRASIL, 2013b, online, grifo nosso)⁵.

Desta forma, a única exceção ao cumprimento da oferta pelo fornecedor, diz respeito a erro grosseiro, incapaz de induzir a erro o consumidor.

5.4 Sujeitos Responsáveis

O “caput” do artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor atribui ao fornecedor a responsabilidade pelo cumprimento da oferta.

⁴ TJ-SP - APL: 435145120108260002 SP 0043514-51.2010.8.26.0002, Relator: Mario A. Silveira, Data de Julgamento: 01/10/2012, 33ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 03/10/2012.

⁵ TJ-DF - AC: 20030110633505 DF, Relator: JOÃO EGMONT, Data de Julgamento: 14/03/2005, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 02/08/2005. p. 90.

A análise deste dispositivo não pode ser isolada e deve considerar, também, o disposto no artigo 34 e, no Parágrafo Único, do 7.º, da Lei nº 8078/90:

Art. 34 - O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

Art. 7.º [...] Parágrafo Único - Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. (BRASIL, 1990, online).

Assim, o anunciante direto é o responsável, mas não só ele! Responsável, também, é o anunciante indireto (revendedor, representante legal etc.), isto porque o anúncio lhes interessa.

Para melhor ilustrar a questão, podemos citar o caso de uma montadora de veículos (anunciante direta) e de suas autorizadas (anunciantes indiretos), isto porque, o anúncio feito pela primeira interessa à segunda.

6 DO DEVER DE REPOSIÇÃO DE COMPONENTES E PEÇAS

Deve o fornecedor (fabricante e importador) assegurar ao consumidor a reposição de componentes e peças:

Art. 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto.
Parágrafo único. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei. (BRASIL, 1990, online).

Na fase atual em que vivemos correspondente ao capitalismo leve, produtos importados são facilmente adquiridos pelo consumidor, assim, o legislador prevendo a dificuldade do consumidor quanto ao possível reparo do produto adquirido, adotou referida medida para proteger o consumidor.

A determinação legal constante no “caput” de referido artigo é para que o fornecedor e importador assegurem ao consumidor mecanismo mínimo de reparo do produto, mantendo a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto.

Infelizmente, na prática o consumidor fica refém do fornecedor e/ou do importador, tendo em vista que muitas vezes é obrigado a desembolsar valores incompatíveis com o reparo a ser realizado.

Esta problemática não pode ser ignorada, posto que o produto na maioria das vezes possui um prazo de garantia inferior à durabilidade do produto, assim, para efetivar o seu conserto acaba por desembolsar o valor que lhe é exigido, posto que não há fabricação nacional.

Nesta linha, Rizzatto Nunes (2011, p. 478), explica que:

Como a vida útil do produto é sempre superior ao prazo de garantia, fatalmente vários consumidores necessitarão comprar peças de reposição não só para o conserto do produto quebrado como também para a simples troca do componente gasto pelo uso.

Logo, são presas fáceis do fabricante e do importador. Por isso é que estes continuam oferecendo os componentes de reposição, só que o fazem fixando preços muitas vezes extorsivos. Já apontamos esse problema nos comentários aos art. 21. No caso exemplar dos automóveis, é possível encontrar no mercado peças de reposição, que na origem representam pequena participação do produto global (por exemplo, na lataria) cujo preço corresponde a 5, 10, 20, 30% ou mais do valor do veículo inteiro, usado ou novo etc.

A experiência nos mostrou que pequenas colisões de um veículo importado poderão ser suficientes para decretar a sua “perda total”, em razão dos altos valores das peças de reposição.

Neste sentido, o jornal “Estadão” online (2013), tratando sobre o preço de seguros de veículos importados temos a seguinte justificativa:

Quem pretende comprar ou é proprietário um carro importado com mais de 5 anos de fabricação pode ter certeza que pagará um seguro bem mais caro do que o normal. Existem seguradoras que não aceitam segurar veículos fabricados no exterior anteriores ao ano de 1998. Especialistas do setor de seguro de automóveis ressaltam que a dificuldade de reposição de peças dos importados e o alto preço do conserto destes veículos elevam o valor do seguro. **A substituição de peças de carros importados mais antigos é muito cara.** Por esse motivo as seguradoras cobram um prêmio mais alto, avisa o diretor da Real Seguros, Valter Pereira. Ele conta que existem casos em que uma batida que danifique um farol, uma lanterna e um capô é o suficiente para decretar perda total do veículo. As peças do importado são cotadas em dólar e inviabilizam o conserto de um veículo que muitas vezes sofreu pequenos amassos, explica. De acordo com o diretor da Real, o valor médio das indenizações de reparos em carros nacionais é de R\$ 2 mil. Já o valor médio de indenização dos importados é de R\$ 7mil. Este valor é levado em consideração para o cálculo do prêmio do seguro, alerta. O diretor técnico de autos da Vera Cruz Seguradora, João Bosco, também destaca que acidentes parciais se transformam em casos de perda total, ou seja, prejuízo financeiro para as seguradoras. Ele conta que no caso de nacionais, para a seguradora decretar perda total, o veículo deve estar danificado em torno de 75% de sua estrutura. Já para os carros importados com mais de 5 anos, esse percentual cai para apenas 20%. (ESTADÃO, 2013, online, grifo nosso).

Portanto, ainda que com alguma dificuldade, como por exemplo, o tempo de espera no aguardo da peça que será importada, o consumidor fica sujeito ao preço estipulado pelo fornecedor, o que nem sempre será razoável.

De fato não poderia o legislador, tabelar ou estabelecer qualquer parâmetro de valor, apenas assegurar o direito do consumidor à reposição da peça, caso contrário poderia perder o bem adquirido.

Já o “parágrafo único” de referido artigo, determina que cessada a produção ou importação do produto a oferta (de reposição de peças e componentes) deverá ser mantida por tempo razoável.

A questão aqui instaurada consiste no que seria “período razoável de tempo”? Isto porque, o legislador não fixou prazo, o que nos sugere que a análise deverá ser feita caso a caso.

Referida problemática não é incomum, ao contrário, a tecnologia está em constante aperfeiçoamento, assim, o que é revolucionário hoje, em poucos anos poderá ser obsoleto, em razão da nova tecnologia existente.

Os aparelhos de celulares, por exemplo, vendidos aos milhares, estão sempre em constante modificação, fazendo com que em curto espaço de tempo não sejam mais fabricados e se tornem ultrapassados.

Assim, não havendo período determinado em Lei, deverá o estudo ser feito caso a caso, considerando o produto, a expectativa de vida útil do mesmo, levando, inclusive, em consideração o período médio de substituição do produto no mercado.

7 DA OFERTA NÃO PRESENCIAL

Considerando que nas compras presenciais o consumidor já é vulnerável frente ao fornecedor, nas compras não presenciais esta vulnerabilidade torna-se ainda mais evidente.

Assim, o legislador criou mecanismos específicos para assegurar a proteção ao consumidor, estabelecendo que é seu direito ter acesso ao nome e endereço do fabricante: “O Art. 33. Em caso de **oferta** ou **venda por telefone** ou **reembolso postal**, deve constar **o nome do fabricante e endereço na embalagem**, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial.” (BRASIL, 1990, online, grifo nosso).

Apesar da lei falar expressamente em oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, dúvida alguma há que a sua aplicabilidade se estende a todas as relações não presenciais, este é o nosso entendimento.

Neste sentido, Rizzatto Nunes (2011, p. 480): “Ora, como decorrência lógica da interpretação do art. 31, sempre que a oferta e/ou venda se dá sem o contato físico do consumidor com o fornecedor ou seus prepostos, os dados obrigatórios previstos na lei têm de ser colocados nos impressos e na publicidade.”.

O entendimento de Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa (2011, p. 240) é um pouco mais restrito, senão vejamos: “As transações pela internet não foram tratadas especificamente pelo CDC. No entanto, em especial naquelas cuja conexão com o terminal do consumidor se dê pela rede telefônica, é aplicável o disposto no art. 33.”.

A problemática é que à época em que foi editado o Código de Defesa do Consumidor a realidade existente era outra, desta forma, entendemos que o objeto do legislador, foi a criação de mecanismo de defesa para as compras não presenciais, não parecendo razoável a ausência de sua aplicabilidade para as transações feitas via internet, seja via rede telefônica ou por banda larga.

Lisboa (2012, p. 6), na obra “Confiança Contratual” revela que: “A multiplicidade e a complexidade dos negócios tornaram-se evidentes. No início do século XIX, os contratos de adesão; na segunda parte do século XX, o comércio eletrônico. A contratação de massa era local, tornou-se transnacional”.

Assim, entendemos que sentido algum teria a inaplicabilidade da legislação consumerista para as relações feitas via internet, tendo em vista que a vulnerabilidade do consumidor é tão evidente, quanto nas feitas via telefone ou reembolso postal.

É direito básico do consumidor ter acesso à informação adequada e clara, sendo de qualquer forma imprescindível constar na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial os dados básicos sobre o fabricante do produto (nome do fabricante e endereço).

Preocupado, também, com a onerosidade do consumidor com relação às ofertas não presenciais, o parágrafo único de referido artigo, veda que o custeio da publicidade pelo consumidor: “Parágrafo único: É proibida a publicidade de bens e serviços por telefone, quando a chamada for onerosa ao consumidor que a origina.” (BRASIL, 1990, online).

A oferta de produtos e/ou serviços nada mais é que uma faculdade do fornecedor, desta forma, os gastos decorrentes do exercício deste direito devem ser integralmente suportados pelo próprio fornecedor.

O termo utilizado foi “publicidade”, mas o que é publicidade?

“Publicidade” não é fácil de definir, apesar de sua aparente simplicidade, isto porque ela é uma espécie de comunicação social, entretanto, nem toda a comunicação é uma publicidade. Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marque e Leonardo Roscoe Bessa (2011, p. 242) sobre o tema destacam que:

O Comitê de Definições da ‘American Association of Advertising Agencies (AAAA)’ oferece a seguinte noção: ‘Publicidade é qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção tanto de ideias, como de bens ou serviços, por um patrocinador identificado’. Em tal sentido, a publicidade não é uma técnica pessoal, cara a cara, entre consumidor e fornecedor. Dois elementos são essenciais em qualquer publicidade: difusão e informação. Um é o elemento material da publicidade, seu meio de expressão. O outro é o seu elemento finalístico, no sentido de que é informando que o anunciante atinge o consumidor, mesmo quando se está diante de técnicas como o ‘nonsense’.

Dois elementos fundamentais são necessários para a caracterização da publicidade: “difusão” (se a ideia não for propagada, não há que se falar em publicidade, ou efeitos decorrentes dela, ainda, que totalmente concluída) e “informação” caracterizada pelo meio utilizado para a divulgação da oferta.

Comumente os termos “propaganda” e “publicidade” são utilizados como sinônimos, o que não é correto. Isto porque “publicidade” tem finalidade capitalista, enquanto que a “propaganda” tem a finalidade não comercial, como por exemplo: política.

Considerando que a propaganda não possui caráter comercial, esta não é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor.

O tema aqui analisado compreende as compras não presenciais, o que nos remete a outro importante dispositivo legal do Código de Defesa do Consumidor, denominado direito de “reflexão” ou “arrependimento”.

7.1 Do Direito de Arrependimento

De acordo com o artigo 49, para as compras não presenciais, o consumidor poderá, sem qualquer justificativa, exercer o direito de arrependimento da aquisição do produto ou serviço adquirido.

Para exercer este direito o consumidor terá o prazo máximo de 7 (sete) dias, prazo considerado necessário, para a correta reflexão sobre a aquisição feita.

O pressuposto lógico consiste na fragilidade do consumidor ante as técnicas utilizadas pelo fornecedor para induzir ao consumo, muitas vezes desnecessário.

Aqui não é o consumidor quem vai ao estabelecimento comercial com o intuito de aquisição, mas, via de regra é o estabelecimento que “invade” sua rotina lhe propondo algo especial.

Bauman (2001, p. 88) na obra “Modernidade Líquida”:

Afinal, toma tempo, esforço e considerável gasto despertar o desejo, leva-lo à temperatura requerida e canalizá-lo na direção certa. Os consumidores guiados pelo desejo devem ser ‘produzidos’, sempre novos e a alto custo. De fato, a própria produção de consumidores devora uma fração intoleravelmente grande dos custos totais de produção 0 fração que a competição tende a ampliar ainda mais.

O consumidor torna-se uma presa fácil, pois o mundo mágico que lhe é ofertado é quase irresistível, irrecusável, tendo em vista o encanto que lhe é despertado e a facilidade que lhe é dada para a aquisição.

Donato (1994, p. 18), assevera que:

Resta, ao final, o consumidor atingido por essa explosão produtiva, que o induz a buscar mais e mais a satisfação de suas necessidades e desejos e, ao mesmo tempo, torna-o impotente face à robustez adquirida pelo produtor. Contrariamente ao esperado, ou seja, ver-se o consumidor engrandecido pelo seu poder de compra, deparamo-nos com sua fragilidade, sua vulnerabilidade frente ao poderio econômico.

Outro não foi o entendimento de Bauman (2001, p. 84):

Exemplos e receitas são atraentes enquanto não-testados. Mas, dificilmente algum deles cumpre o que promete – virtualmente, cada um fia alguém da realização que dizia trazer. Mesmo que algum deles mostrasse funcionar do modo esperado, a satisfação não duraria muito, pois no mundo dos consumidores as possibilidades são infinitas, e o volume de objetos sedutores à disposição nunca poderá ser exaurido. As receitas para a boa vida e os utensílios que a elas servem têm ‘data de validade’, mas

muitos cairão em desuso bem antes dessa data, apequenados, desvalorizados e destituídos de fascínio pela competição de ofertas ‘novas e aperfeiçoadas’ Na corrida dos consumidores, a linha de chegada sempre se move mais veloz que dos corredores.

Com efeito, as técnicas de oferta utilizadas pelo fornecedor em transações não presenciais, são ainda mais agressivas, se não bastasse a ausência de contato com o produto físico, o consumidor é aguçado por reiteradas ofertas que muitas vezes tem como base o perfil de seu IP, ou mesmo por material publicitário muito bem elaborado por mala direta, na tv (para aquisição por telefone) e outros.

Com relação ao fenômeno da internet, importante frisar que o consumidor é monitorado a todo o momento pelo registro de suas pesquisas de acordo com o IP de sua máquina, por um lado, esta “prática” poderia até facilitar a vida do consumidor, mas o objeto não é facilitar, e sim lhe cercar de tal maneira que a aquisição do produto ou serviço se torne, apenas uma questão de tempo.

Sobre o tema, Camila Renaux (2012, online), Consultora de *Marketing* Digital em Blumenau (SC), especialista em *Marketing* pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e em Gestão de Negócios, Mercados e Projetos Interativos pelo I-Group, destaca:

‘Tracking’ ou rastreamento é o processo que permite conhecer três variáveis: ‘o que’ (objeto), ‘de onde’ (origem) e ‘para onde’ (destino). Esse conceito não se aplica somente à bens e produtos, ele também é válido para dados. Ao ‘navegar’ pela Internet, deixamos rastros de nossas ações em URLs (Uniform Resource Locator) e ‘cookies’ (testemunhos de conexão), que podem ser rastreadas e gerenciadas por softwares.

Sim, é possível saber que você esteve no Portal Terra, navegou na seção de esportes, depois visitou a seção de carros, logou no ‘Facebook’ – onde curti páginas sobre esportes e carros – e ao realizar uma busca pela palavra ‘Ferrari’, clicou no primeiro resultado – um link pago.

A inteligência de **cruzar esses dados** é a nova corrida do ouro na Internet. Ela acontece virtualmente e tem um objetivo claro: entender o que você procura, de onde, para onde, quando e como. Não é esse o sonho de todo profissional de Marketing? É também a mina de ouro das empresas ‘.com’ e de publicidade segmentada ! Resultado “quase” garantido para o anunciante. (RENAUX, 2012, online, grifo da autora).

Assim, necessária é a concessão do prazo de reflexão para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor, seja porque a compra/aquisição não partiu de sua conduta ativa de ir até o estabelecimento do fornecedor com o objetivo de adquirir, seja porque não testou ou teve contato físico com o produto, seja ainda porque apenas teve a oportunidade de ver as reais funções do produto com o seu recebimento.

Para o exercício do direito de arrependimento o consumidor não tem que apresentar qualquer justificativa, apenas exercer o seu direito no prazo estabelecido em lei (sete dias).

A contagem do prazo é feita da seguinte forma: com o recebimento (ou retirada) do produto; ou da data assinatura do serviço adquirido; o cômputo do prazo de reflexão deverá levar em consideração o disposto no artigo 132 do Código Civil, excluindo-se o dia do recebimento e incluindo o último dia: “Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluindo o dia do começo, e incluindo o do vencimento. §1.º - Se o dia do vencimento cair em feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil” (BRASIL, 2002, online).

Caso o consumidor exerça o seu direito de arrependimento dentro do prazo legal, deverá se acautelar de meios comprobatórios do exercício de sua manifestação de vontade, isto porque, ainda que em seu favor exista a inversão do ônus da prova, não teria o fornecedor meios aptos a fazer prova negativa de referida manifestação de vontade.

Portanto, o consumidor deverá guardar o e-mail, o registro de sua ligação com todos os dados (data, dia, hora, nome do atendente, número da reclamação), comprovante de envio via fac-símile, ou qualquer outro meio que comprove a comunicação feita ao fornecedor.

Uma vez exercido o direito de arrependimento do consumidor, os efeitos de sua manifestação de vontade serão *ex tunc*, ou seja, os efeitos da compra/contratação deixarão de existir, como se jamais tivessem existido, com a devolução de valores eventualmente adiantados pelo consumidor, ou cancelamento de lançamentos em fatura de cartão de crédito.

8 CONCLUSÕES

A sociedade de consumo, ao longo dos tempos, sofreu diversas modificações e foi ganhando importância no cenário mundial, assim, sistemas protetivos foram criados em favor dos consumidores em diversos países.

A necessidade da criação deste sistema protetivo em favor do consumidor era necessária em razão do desequilíbrio contratual existente, isto porque o fornecedor possuía inequívoca vantagem contratual.

Desta forma, objetivo do sistema protetivo não é colocar o consumidor em um patamar superior ao fornecedor, ao contrário, deixar consumidor e fornecedor em “pé de igualdade”.

No Brasil não foi diferente, sendo editada, em favor do consumidor, uma norma revolucionária para o nosso sistema, a qual trouxe uma série de direitos dos consumidores e deveres dos fornecedores.

A Lei nº 8078/90, foi tida como revolucionária por criar mudanças significativas no ordenamento vigente, estabelecendo: a responsabilidade objetiva do fornecedor, a facilitação dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova em favor, direitos básicos especialmente com relação à informação, proteção contra o comportamento abusivo ou desproporcional do fornecedor, dentre outros.

O presente trabalho teve como finalidade o estudo do instituto da oferta nas relações de consumo.

O principal aspecto da oferta no Código de Defesa do Consumidor corresponde ao seu efeito vinculativo, ou seja, veiculada uma oferta deverá o fornecedor dar cumprimento à mesma.

Com efeito, a oferta obriga o proponente! Assim, se o fornecedor oferecer terá de cumprir e sua responsabilidade será sempre objetiva, pouco importante se foi com culpa ou sem culpa.

Caso o veículo anunciante tenha cometido algum equívoco (não grosseiro) na oferta, caberá ao fornecedor a ação de regresso, mas não se eximirá da obrigação perante o consumidor.

Considerando que é direito básico do consumidor a informação adequada e clara, não poderia ser diferente no instituto da oferta, cabendo ao fornecedor prestar todas as informações sobre o produto/serviço que está disponibilizando.

Vivemos numa sociedade globalizada, assim, diversos produtos importados são comercializados em nosso país, sendo dever do fornecedor indicar o nome e o endereço do fabricante, permitindo ao consumidor o conhecimento da origem do produto.

O fornecedor deverá, ainda, assegurar ao consumidor a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação do produto e, após, por um período razoável de tempo.

De fato o consumidor consegue exercer este direito, entretanto, o custo acaba se tornando um ponto negativo, isto porque, cessada a garantia legal e contratual, o ônus será do consumidor.

Isto sem falar na problemática do seguro calculado com valor maior, em razão do risco da seguradora.

Quanto à reposição das peças quando cessada a sua produção ou importação, o tempo razoável descrito em lei deverá ser analisado caso a caso, isto porque, não há período mínimo estabelecido.

Analizamos, ainda a questão da oferta ou venda feita por meio não presencial, inclusive, sob a ótica do exercício pelo consumidor do direito de reflexão/arrependimento, com a desistência do contrato no prazo de 7 (sete) dias da data do recebimento do produto ou da assinatura do contrato de serviços.

Como vimos, a necessidade de tutela específica para esta hipótese é de suma importância, em razão do expressivo aumento de ofertas feitas pelos meios eletrônicos que de alguma forma acabam cercando o consumidor e até tirando o seu direito real de escolha.

Estudamos, por exemplo, a questão do rastreamento do perfil do consumidor pelo IP de sua máquina, cujas preferências do consumidor em pesquisas, interesses são constantemente monitoradas.

No caso da oferta não presencial há, ainda, outra problemática: não é o consumidor quem vai ao estabelecimento do fornecedor, ao contrário, é este que de alguma forma invade o “domicílio” do consumidor.

Desta forma, seu direito de escolha não é tão lógico e, por esta razão, possui a faculdade do exercício do direito de arrependimento, no prazo legal, sem qualquer justificativa.

O Código de Defesa do Consumidor não estabeleceu apenas a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços, mas também a responsabilidade solidária deste pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

Isto porque, não seria sequer razoável imaginarmos uma situação em que o fornecedor alegue que não cumprirá a oferta, pois os dados fornecidos ao consumidor foram de seu preposto, sem a sua anuência.

Lembrando sempre que o objetivo do código é: prometeu vai cumprir!

E, neste aspecto, a lei prevê que em caso de descumprimento da oferta, o consumidor poderá exigir, alternativamente, à sua escolha: o cumprimento forçado da obrigação; outro produto ou serviço, equivalente; a rescisão do contrato com a devolução dos valores, eventualmente pagos.

Neste ponto, temos a segunda problemática em desfavor do consumidor: via de regra, a ação será resolvida apenas pelo judiciário, o que trará uma séria de desconforto, inclusive em razão da morosidade da justiça brasileira.

O código assegura ao consumidor o direito à ampla reparação pelos danos sofridos, contudo na prática o que temos é uma fragilidade do sistema, pois as condenações sofridas pelos fornecedores acabam por estimular a conduta delituosa.

Para o fornecedor a matemática é simples: não resolve o problema, discute a questão com parcela ínfima dos consumidores e, ao final, após um longo período de discussão no judiciário paga uma ínfima reparação, o que compensa diante do lucro obtido.

Creemos que o consumidor brasileiro está cada dia mais ciente dos seus direitos, reclamando não só no judiciário, mas em órgão administrativo como o PROCON ou, ainda em sites específicos para reclamação, como por exemplo, o sitio eletrônico denominado “reclame aqui”.

Diante destas problemáticas, entendemos que o melhor caminho é a conscientização do consumidor, o aprimoramento técnico dos profissionais da área e, também, a evolução do judiciário.

Em suma, podemos afirmar sem sombra de dúvidas que o Código de Defesa do Consumidor, apesar das problemáticas aqui indicadas, possui todos os elementos e ferramentas para assegurar os direitos do consumidor, em especial o cumprimento da oferta.

Questões envolvendo a demora do judiciário, o valor baixo das condenações, a cultura dos fornecedores, até mesmo a falta de conscientização do consumidor brasileiro, não decorrem de omissão do código, mas tão somente de cultura interna.

Os direitos estão assegurados, não só o da ampla reparação, como da duração razoável do processo (Constituição Federal), ou ainda a facilitação dos direitos do consumidor, precisamos apenas aprofundar o conhecimento amadurecendo a nossa cultura.

Não estamos aqui atribuindo toda a responsabilidade ao Judiciário, mas, acreditamos que no dia em que o processo tiver a duração razoável que dele se espera e que a condenação em eventual perdas e danos for compatível com o dano sofrido, o fornecedor mudará sua cultura e dará amplo cumprimento à lei.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BENJAMIN, Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANARIS, Claus-Whilhelm. **Wandlungen des Schuldvertragsrechts** – Tendenz zu seiner “Materialisierung”. Archiv für die Civilistische Praxis (Acp) 200. Disponível em: <http://eprints.unife.it/147/1/tesi_segreteria.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2013.

BRASIL. **Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária e seus Anexos – CONAR**. 1978. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/legislacao/leg_constituicao_federal_leis/leg_cf_Codigos/leg_cf_c_conar/CodigoAutoRegulamenta%C3%A7%C3%A3oPublicit%C3%A1ria.htm>. Acesso em: 15 dez. 2013.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 3.071, de 01 de Janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 15 dez. 2013.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 dez. 2013.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 dez. 2013.

_____. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 dez 2013.

_____. **Lei da Ação Civil Pública**. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 15 dez. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **Estudos e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao Consumidor: Conceito e Extensão**. São Paulo: RT, 1994.

ESTADÃO. **Carros importados antigos têm seguro mais caro**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/arquivo/economia/2003/not20030408p15594.htm>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de Sistema no Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

JUSBRASIL. **STF - AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 774426 SP**. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22885290/agravo-de-instrumento-ai-774426-sp-stf?ref=home>>. Acesso em: 15 dez. 2013a.

_____. **TJ-DF - APELAÇÃO CÍVEL: AC 20030110633505 DF**. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2906972/apelacao-civel-ac-20030110633505-df>>. Acesso em: 15 dez. 2013b.

_____. **TJ-PR - APELAÇÃO CÍVEL: AC 4361811 PR 0436181-1. AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO CONTRATUAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL**. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6279972/apelacao-civel-ac-4361811-pr-0436181-1>>. Acesso em: 15 dez. 2013c.

_____. **TJ-SP - APELAÇÃO: APL 435145120108260002 SP 0043514-51.2010.8.26.0002**. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22440580/apelacao-apl-435145120108260002-sp-0043514-5120108260002-tjsp>>. Acesso em: 15 dez. 2013d.

KOETZ, Hein; ZWEIGERT, Konrad. **Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privtrechts**. Tübingen: Mohr, 1984.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade Paradoxal** - Ensaio sobre a sociedade do Hiperconsumo. Tradução: Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. **Confiança Contratual**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A proteção jurídica dos interesses coletivos**. São Paulo: Saraiva, 1984. (Série Temas de Direito Processual, v. 3).

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Rizzatto . **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RENAUX, Camila. Portal Marketing Drops. **Sorria! Seus dados estão sendo monitorados**. 23 abr. 2012. Disponível em: <<http://marketingdrops.com.br/marketing-digital/sorria-seus-dados-estao-sendo-monitorados/>>. Acesso em: 15.12.2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direito Civil**. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.