

Da oferta e da publicidade ilícitas no contexto da pandemia da Covid-19

*Rizzatto Nunes*¹

Desembargador aposentado

Um dos grandes problemas do consumidor na sociedade capitalista é sua dificuldade em se expressar e se defender publicamente contra tudo o que lhe fazem de mal. Se ele é enganado, sofre um dano etc., tem de recorrer aos órgãos de proteção ao consumidor ou contratar um advogado. É verdade que, com as redes sociais e o surgimento de sites de reclamação, aos poucos ele vai encontrando um caminho para demonstrar sua insatisfação com os produtos e serviços adquiridos e, também, contra toda forma de malandragem perpetrada por muitos fornecedores. Mas, ainda é pouco diante do poder de fogo de empresários que se utilizam de todas as maneiras de comunicação existentes no mercado, como a publicidade massiva nas tevês, rádios, jornais e revistas, que fazem promoções milionárias constantemente, que se servem de mídias integradas, utilizam-se de artistas e esportistas famosos para divulgar seus produtos (em confessionais ou por meio de *merchandising* e participação em anúncios). Enfim, é mesmo uma luta desproporcional.

Nesse universo capitalista de informações existem condutas de acordo com a lei, outras ilegais, muitas éticas, mas nem todas. Naturalmente, todos devem ser éticos.

Ética significa tomar a atitude correta, isto é, escolher a melhor ação a tomar ou conduta a seguir. Uma pessoa ética tem bom caráter, busca sempre fazer o bem a outrem. No sistema jurídico – necessariamente ético –, pode-se identificar uma série de fundamentos ligados

¹ Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP; Livre-docente em Direito do Consumidor pela PUC/SP; Acadêmico da Academia Paulista de Magistrados e da Academia Paulista de Direito. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

à ética, tais como o da realização da justiça e a boa-fé objetiva (uma regra de conduta a ser observada pelas partes envolvidas numa relação jurídica. Essa regra de conduta é composta basicamente pelo dever fundamental de agir em conformidade com os parâmetros de lealdade e honestidade. Um *standard*, um modelo a ser seguido).

Infelizmente, em tempos de pandemia, percebe-se que novos abusos surgiram e os usuais aumentaram. Ademais, surgiram centenas de novas empresas de *e-commerce* e o número de transações via internet quase dobrou. São números extraordinários.²

Os consumidores, que sempre foram bastante dirigidos e levados a consumir produtos e serviços por intermédio das ofertas feitas via publicidade, tornaram-se prisioneiros desse modelo, pois estão isolados. Além disso, a web/internet e as redes sociais passaram a funcionar como um canal extraordinário de ofertas.

Na sequência, mostro, então, alguns pontos em que as comunicações devem ser conduzidas pela ética e falarei um pouco sobre a oferta e a publicidade.

Muito bem. A liberdade de expressão é uma das mais importantes garantias constitucionais. Ela é um dos pilares da democracia. Falar, escrever, expressar-se é um direito assegurado a todos.

Mas, esse direito, entre nós, não só não é absoluto, como sua garantia está mais atrelada ao direito de opinião ou àquilo que para os gregos na antiguidade era crença ou opinião (“*doxa*”). Essa forma de expressão aparece em oposição ao conhecimento, que corresponde ao verdadeiro e comprovado. A opinião ou crença é mero elemento subjetivo. A democracia dá guarida ao direito de opinar, palpitar, lançar a público o pensamento que se tem em toda sua subjetividade. Garante também a liberdade de criação.

Mas, quando se trata de apontar fatos objetivos, descrever acontecimentos, prestar informações de serviços públicos ou oferecer produtos e serviços no mercado, há um limite ético que controla a liberdade de expressão. Esse limite é a verdade.

² COM PANDEMIA, e-commerce cresce 81% em abril e fatura R\$ 9,4 bilhões. *E-commerce Brasil*, [S. l.], 8 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3me9uXT>. Acesso em: 13 set. 2020.

Com efeito, por falar em Grécia Antiga, repito o que diziam: “mentir é pensar uma coisa e dizer outra”. A mentira é, pois, simples assim.

Examinando essa afirmação, vê-se que mentir é algo consciente; é, pois, diferente do erro, do engano, que pressupõe desconhecimento (da verdade), confusão subjetiva do que se expressa ou distorção inocente dos fatos.

Em nosso sistema jurídico temos leis que controlam, em alguns setores, a liberdade de expressão na sua realidade objetiva. Veja-se, por exemplo, a imposição para que a testemunha ao depor em Juízo fale a verdade. Do mesmo modo, os advogados e as partes têm o dever de lealdade processual, proibindo-se que intencionalmente a verdade dos fatos seja alterada, adulterada, diminuída, aumentada etc. Esse dever de lealdade – em todas as esferas: administrativa, civil e criminal – é a ética fundamental da verdade imposta a todos.

O mesmo se dá no regime de produção capitalista. Com base nos princípios éticos e normativos da Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) regulou expressamente a informação e a publicidade enganosa, proibindo-a e tipificando-a como crime.

No que diz respeito, pois, às relações jurídicas de consumo, a informação e a apresentação dos produtos e serviços, assim como os anúncios publicitários, não podem faltar com a verdade daquilo que oferecem ou anunciam, de forma alguma, quer por afirmação quer por omissão. Nem mesmo manipulando frases, sons e imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário do anúncio: o consumidor. A lei quer que a verdade surja exposta por qualquer que seja o meio e, por isso, determina que o fornecedor mantenha comprovação dos dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Aproveito esse ponto para eliminar uma confusão corrente quando se trata de criação e verdade em matéria de relações de consumo: não existe uma ampla garantia para a liberdade de criação e expressão em matéria de publicidade. O artista goza de uma garantia constitucional de criação para sua obra de arte, mas o publicitário não.

Um texto de oferta ou um anúncio publicitário é, em si, um produto realizado pelo publicitário ou coletivamente pelos empregados da agência. Sua razão de existir se funda em algum produto ou serviço que se pretenda mostrar e/ou vender. Dessa maneira, vê-se que a

publicidade não é produção primária, mas instrumento de apresentação e/ou venda dessa produção. Ora, como a produção primária de produtos e serviços tem limites precisos na lei, por mais força de razão o anúncio que dela fala também tem. Repito: a liberdade de criação e expressão da publicidade está limitada à ética que dá sustentação à lei. Por isso, não só não pode oferecer uma opinião (elemento subjetivo), como deve sempre falar e apresentar a verdade objetiva do produto e do serviço e suas maneiras de uso, consumo, suas limitações, seus riscos para o consumidor etc. Evidentemente, todas as frases, imagens, sons etc. da oferta ou do anúncio publicitário sofrem a mesma limitação.

Infelizmente, nada disso impede que haja ofertas e anúncios publicitários que enganem o consumidor, com métodos bem antigos. Uma forma bastante usada é o “chamariz”. Esta é uma modalidade de enganação que não está necessariamente atrelada ao produto ou serviço em si. Por exemplo, ouve-se no rádio o seguinte anúncio: “Os primeiros dez ouvintes que ligarem terão desconto de 50% na compra de tal produto; ou farão o curso gratuitamente etc.” Quando o consumidor liga, ainda que seja logo em seguida, recebe a resposta de que é o décimo primeiro a ligar. Depois recebe o “malho” de venda. Esse tipo de “chamariz” também é usado por meio de malas diretas, anúncios em jornais, na TV e ultimamente com grande destaque na internet.

Outro exemplo dessa “técnica” é o “chamariz” da liquidação. Anuncia-se a liquidação, com grandes descontos, e, quando o consumidor chega à loja, a liquidação é restrita a uma única prateleira ou estante.

Esse método é usado em larga escala. Há lojistas, em véspera de época de liquidação, que aumentam o preço para depois, com o desconto, voltar ao preço anterior. E há lojas que estão em “liquidação” ou “promoção” o ano todo. Existem também produtos que são vendidos de modo que o consumidor nunca saiba qual é o preço, pois na oferta sempre consta algum tipo de desconto. É o que se chama “vender descontos”. E via internet já ficaram famosas as ofertas da *Black Friday*, apelidada de “black-fraude”: os preços são aumentados alguns dias antes e com os descontos da sexta-feira (que não nos pertence, eis que é típica dos EUA) voltam ao preço regular!

O “chamariz” é, portanto, uma maneira enganosa de atrair o consumidor, para que, uma vez estando no estabelecimento (ou via

internet), acabe comprando algo ainda que não estivesse muito disposto.

Além disso, é de se considerar algo evidente: o anúncio será enganoso se o que foi afirmado não se concretizar. Se o fornecedor diz que o produto dura dois meses e em um ele está estragado, a publicidade é enganosa. Se apresenta o serviço com alta eficiência, mas o consumidor só recebe um mínimo de eficácia, o anúncio é, também, enganoso. Enfim, será enganoso sempre que afirmar algo que não corresponda à realidade do produto ou serviço de acordo com todas as suas características.

A enganosidade ocorre não só quando se constata a afirmação de uma mentira ou a apresentação de algo falso. Ela ocorre também nas informações mal formuladas, inadequadas, insuficientes e toda sorte de fórmulas ocultadoras do real e que acabam por enunciar a intenção do emissor da mensagem. Veja-se esse exemplo: um anúncio de sabonete diz que este é capaz de eliminar 99,9% de todos os germes e bactérias. O propósito do emissor é evidente: como ele afirma que 0,1% dos agentes que causam mal à saúde não são eliminados, se por acaso algum consumidor que o tenha utilizado acabar adoecendo não poderá acionar o fabricante porque não foi prometido 100% de eficiência. Os tal 99,9% ficam, portanto, como mais um modo de sedução para a venda do produto (mais uma forma de atrair o consumidor).

As táticas e técnicas variam muito e todo dia surgem novas, engendradas em caros escritórios modernos onde se pensa frequentemente em como impingir produtos e serviços mesmo contra a real vontade do consumidor e, também, fazendo ofertas que nunca se realizam efetivamente. São os produtores da mentira dessa sociedade capitalista com pouca ética.

Vejamos, então, o que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) determina para que a oferta e a publicidade sejam válidas. A oferta está especificamente regulada nos arts. 30 e 31 do CDC, que dispõem:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

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

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

Para aquilo que nos interessa neste artigo, chamo atenção para alguns elementos. Veja-se que na redação do *caput* do art. 30 estão dois vocábulos iniciais: (toda) “informação ou publicidade”.

A norma propositalmente não fala apenas em “publicidade”, mas também em “informação”. Isso significa dizer que uma é diversa da outra, ou, mais precisamente, pode-se dizer que toda publicidade veicula alguma (algum tipo de) informação, mas nem toda informação é publicidade.

É verdade que o termo “publicidade” tem um sentido bastante amplo. No Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária define-se “anúncio” em “sentido lato” como “qualquer espécie de publicidade” veiculada por qualquer meio de comunicação, inclusive “embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto de venda” (art. 18). Logo, a publicidade abrange os comumente conhecidos de todos anúncios de televisão, rádio, jornal, revista, cinema e, também, os constantes de rótulos, folhetos e dos materiais entregues nos pontos de venda, nas redes sociais, internet etc.

Acontece que a 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 *maître* no restaurante, do recepcionista no hotel, são os dados técnicos apresentados nas embalagens e rótulos dos produtos, enfim, é qualquer informação oferecida por todo e qualquer meio de comunicação escrito, 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.

Na sequência, a norma diz que essa informação ou publicidade é “suficientemente precisa”. É necessária uma pausa para buscar o que pretendeu a lei com tal expressão. Terá querido dizer:

a) que toda informação ou publicidade tem de ser suficientemente precisa? Ou,

b) que a vinculação da oferta só se dará se a informação ou publicidade for, de fato, suficientemente precisa?

A resposta só pode ser a da pergunta “a”, porque se a informação ou publicidade não for suficientemente precisa já estará havendo uma infração. É a própria lei, no art. 31, que obriga toda informação ou publicidade a ser suficientemente precisa.

Se não for, das duas uma:

a) ou nada comunica e aí não se pode falar em oferta por impossibilidade material da mensagem;

b) ou comunica mal, caso em que se deverá fazer uma interpretação da mensagem contra o fornecedor que a emitiu ou veiculou.

Seguindo a proposição da redação do art. 30, temos que a norma não estabelece limite ao meio de comunicação no qual a mensagem será transmitida. Toda e “qualquer forma ou meio de comunicação” está prevista. Vale dizer, televisão, rádio, web/internet, rede social, cinema, jornal, revista, mala-direta, folheto, cartaz, *outdoor*, *tele-marketing* etc.

A publicidade enganosa, por sua vez, está tratada nos parágrafos 1º e 3º do art. 37 e, também, no art. 69. Para o que nos interessa, cuidado do estabelecido nos parágrafos do art. 37, assim dispostos:

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

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades,

origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

[...]

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

O CDC foi exaustivo e bastante amplo na conceituação do que vem a ser publicidade enganosa. Ele quis garantir que efetivamente o consumidor não seria enganado por uma mentira nem por uma “meia verdade”.

Diz a lei que é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, capaz de induzir ao erro o consumidor a respeito da natureza, das características, da qualidade, da quantidade, das propriedades, da origem, do preço e de quaisquer outros dados a respeito dos produtos e serviços oferecidos.

Logo, o efeito da publicidade enganosa é induzir o consumidor a acreditar em alguma coisa que não corresponde à realidade do produto ou serviço em si, ou relativamente a seu preço e forma de pagamento, ou, ainda, a sua garantia etc. O consumidor enganado leva, como se diz, “gato por lebre”. Pensa que está numa situação, mas, de fato, está em outra.

As formas de enganar variam muito, uma vez que nessa área os fornecedores e seus publicitários são muito criativos. Usa-se de impacto visual para iludir, de frases de efeito para esconder, de afirmações parcialmente verdadeiras para enganar, conforme demonstrei acima.

Além do que acima expus, consigno que a própria norma autorregulamentadora reconhece a influência que o anúncio publicitário exerce na coletividade. É importante que assim seja, exatamente para anular o depoimento de alguns publicitários que pretendem desresponsabilizar-se do que fazem, dizendo que a publicidade apenas reflete aquilo que a sociedade pensa e/ou faz.

A norma até realça o aspecto da influência porque diz textualmente: “de vez que a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas de população”.³ Isso reforça a necessidade do controle judicial da publicidade comercial.

³ Art. 7º do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Há uma outra questão importante que tem passado despercebida. Em tempos de isolamento social com ofertas e vendas de produtos e serviços via internet, é necessário que as autoridades controlem o modo como as empresas se apresentam na web. Lembro que no Brasil não só o CDC diz como o fornecedor deve se apresentar e oferecer seus produtos e serviços, mas um decreto de 2013 detalha como isso deve se dar.

Com efeito, o Decreto 7.962, de 15 de março de 2013, fixou uma série de regras para o comércio eletrônico. Seu art. 1º deixa claro que são direitos dos consumidores na contratação de compras via Internet:

- a) O fornecimento de informações claras a respeito do produto, do serviço e do fornecedor;
- b) O atendimento facilitado ao consumidor; e
- c) O respeito ao direito de arrependimento.

Na realidade, essas são determinações desnecessárias, visto que tudo isso e muito mais está estabelecido no CDC incontestavelmente. Mas, o art. 2º do decreto elenca obrigações que muitos sites não cumprem. Existem anunciantes de todos os portes que não respeitam a lei.

Esse artigo diz que os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

- a) O nome empresarial e o número de inscrição do fornecedor no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda (CNPJ);
- b) O endereço físico e eletrônico e demais informações necessárias para sua localização e contato;
- c) As características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;
- d) A discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;
- e) As condições integrais da oferta, incluídas as modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e
- f) Informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

O decreto determina ainda que, para garantir o atendimento facilitado ao consumidor, o fornecedor deverá:

a) apresentar um sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos;

b) oferecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação;

c) confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta;

d) disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação;

e) manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato;

f) confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor, pelo mesmo meio empregado por ele;

g) utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor.

Anoto que o fornecedor tem cinco dias para encaminhar resposta ao consumidor sobre as demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato, conforme previsto na norma.

O CDC, no art. 49, estabeleceu o direito de desistência a favor do consumidor nas compras feitas via web. Visando dar eficácia ao contido nesta norma, o Decreto 7.962 trouxe para o sistema uma série de outras determinações específicas. Numa delas (art. 5º “caput”), reforça que o fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor. E noutra (§ 1º do mesmo art. 5º) disciplina aquilo que já estava inserido como garantia no CDC: que o consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados.

Uma boa novidade trazida pelo decreto é a determinação de que o fornecedor envie ao consumidor a confirmação do recebimento da

desistência imediatamente após a manifestação do arrependimento (§ 4º, art. 5º).

Anoto que, recentemente, como decorrência da pandemia da Covid-19 foi aprovada a Lei 14.010, de 10 de junho 2020, que, dentre outras regras, modificou o CDC exatamente nesse ponto, por um curto período de tempo. O art. 8º dessa Lei dispôs: “Art. 8º – Até 30 de outubro de 2020, fica suspensa a aplicação do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de entrega domiciliar (delivery) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos.”

Volto ao tema do decreto. Se o consumidor desistir do negócio no prazo legal (de 7 dias) ou no prazo que o fornecedor conceder (se for maior), qualquer importância que eventualmente já tenha sido paga (entrada, adiantamento, desconto do cheque, pagamento com cartão etc.) deve ser devolvida em valores atualizados. Se, por exemplo, foi feita a autorização para débitos parcelados no cartão de crédito e apenas o primeiro (do ato da compra) tiver sido lançado, este tem que ser devolvido em dinheiro ou lançado como crédito no cartão e os demais têm que ser cancelados pela vendedora com a administradora do cartão de crédito.

Por fim, lembro que a norma diz que o exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor (§ 2º do art. 5º); e que o exercício desse direito deve ser comunicado imediatamente pelo fornecedor à administradora do cartão de crédito, banco ou instituição financeira, para que: a) a transação não seja lançada na fatura ou conta do consumidor; ou b) que seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura ou conta já tenha sido realizado (§ 3º e incisos I e II do mesmo art. 5º).

Concluo, portanto, este artigo, anotando que o CDC regulou de forma ampla e clara a oferta e a publicidade para buscar coibir as práticas ilícitas ligadas a elas e que existe norma específica para as ofertas feitas pelo chamado *e-commerce*, que tornou-se o maior mercado de varejo neste grave momento da pandemia que vivemos. Cabe aos órgãos de defesa do consumidor, tanto públicos como associações privadas e, também, naturalmente, aos próprios consumidores, denunciarem os eventuais abusos cometidos.

Referências

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, 1995.

ALVIM, Thereza *et al.* *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 1981.

CALDEIRA, Mirella D'Angelo. *O controle das práticas abusivas pelo princípio da boa-fé*. 1998. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1998.

COM PANDEMIA, *e-commerce cresce 81% em abril e fatura R\$ 9,4 bilhões*. *E-commerce Brasil*, [S. l.], 8 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3me9uXT>. Acesso em: 13 set. 2020.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários à Lei de Plano e Seguro-Saúde*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Curso de Direito do Consumidor*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *O Código do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *O princípio constitucional da dignidade humana*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.