

Oferta enganosa de bens ou produtos em veículo de comunicação em massa – vulnerabilidade exacerbada dos consumidores em razão da pandemia da Covid-19 – dano a consumidores e sua respectiva reparação – análise de caso concreto diante de precedentes da jurisprudência sobre fatos análogos, mas não ocorrido em situação excepcional de pandemia mundial

*Patricia Bueno Scivittaro*¹

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Do caso concreto: oferta veiculada em horário nobre de emissora de TV aberta durante quarentena da pandemia da Covid-19; 3. Da oferta enganosa: considerações gerais; 4. Dos precedentes: análise crítica dos argumentos; 5. Da vulnerabilidade exacerbada do consumidor diante da pandemia da Covid-19: causa determinante para modificação do entendimento dominante da jurisprudência; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. Introdução

Jamais se imaginou, acredita-se, que algum dia a humanidade moderna passaria por uma pandemia como a atualmente vivenciada, provocada por um vírus desconhecido pela ciência médica, denominado

¹ Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura, bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professora assistente do Curso de Especialização de Direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura e Juíza Titular da 1ª Vara Cível da Comarca de Indaiatuba.

Covid-19, cujos sintomas, inicialmente, manifestaram-se em habitantes de uma cidade no interior da China, de onde, rapidamente, ante sua alta contagiosidade, alastrou-se para o mundo.

Diante dos avanços científico-tecnológicos da sociedade hodierna, cogitar que a humanidade vivenciaria isolamento social para evitar contaminação em massa pelo coronavírus e impedir o colapso mundial dos sistemas de saúde era algo também inimaginável.

O distanciamento social como medida de emergência para controle da pandemia da Covid-19, com alta letalidade entre os idosos, levou a população mundial ao confinamento, com restrição de sua liberdade de ir e vir, em situação similar aos filmes de ficção científica, com séria repercussão na economia mundial e inevitável reflexo nas relações jurídicas da sociedade atual.

Os deletérios efeitos socioeconômicos causados pela pandemia da Covid-19 despertaram o interesse pela elaboração do presente trabalho, que tem por objetivo analisar, dentro do microsistema do Código de Defesa do Consumidor, quais as implicações da pandemia e quais as soluções que os operadores do Direito irão empreender para minimizar os drásticos reflexos que essa situação excepcional de saúde pública causará nas relações de consumo da população brasileira.

Para o desenvolvimento deste trabalho será abordado caso concreto de publicidade enganosa veiculada por emissora de TV de canal aberto nacionalmente conhecida, quando já instalada quarentena pela pandemia da Covid-19, mediante análise de argumentos utilizados em precedentes jurisprudenciais de casos análogos, ocorridos fora da situação excepcional de pandemia, para verificar se tais argumentos são válidos e devem ser utilizados como adequada forma de solução de conflito entre o consumidor lesado e os responsáveis pelo seu respectivo dano, tendo em mente os princípios que norteiam o microsistema jurídico estabelecido para defesa dos direitos do consumidor em nosso país.

2. Do caso concreto: oferta veiculada em horário nobre de emissora de TV aberta durante quarentena da pandemia da Covid-19

A celeridade da propagação do vírus Covid-19 entre a população mundial causou sérios e desastrosos reflexos nas relações sociais,

econômicas e comerciais, com nefastas consequências em todas as esferas da Federação nas relações de consumo que impulsionam a economia pátria.

A excepcionalidade dessa situação, que gera instabilidade e insegurança na sociedade em geral, trouxe à baila matéria jornalística veiculada² em rede de TV aberta, noticiando o prejuízo material de centenas de consumidores que adquiriram, a preço promocional, TV de plasma da marca Sony, da empresa 123 Importados. A exaustiva publicidade veiculada em horário nobre da TV Bandeirantes, precisamente durante o Jornal da Band, transmitido em rede nacional, atingia número indeterminável de consumidores enclausurados em suas residências.

Segundo a referida matéria jornalística, os consumidores, mediante acesso a site da empresa, divulgado na propaganda veiculada pela TV Bandeirantes, efetuaram compra on-line do produto anunciado, o qual não foi devidamente entregue, conforme prometido pela empresa anunciante. Após investigação, constatou-se, aparentemente, tratar-se de empresa de fachada, cujo único sócio teria cumprido pena por tráfico ilícito de entorpecentes.

O fato em comento traz consigo o potencial agravante de sua ocorrência durante quarentena da pandemia da Covid-19, que restringiu a liberdade de consumo dos cidadãos ante a suspensão das atividades comerciais para frear o avanço da doença letal. Com o fechamento do comércio de produtos não essenciais, como o é uma TV de plasma, não resta dúvida de que a oferta promocional veiculada em horário nobre de rede de TV aberta atingiu de forma ampla número indeterminável de consumidores fragilizados pela excepcional e desconhecida situação pandêmica que se instalava no país.

O consumidor, parte vulnerável da relação de consumo, teve essa condição exacerbada, potencializando o risco de dano?

Antes de abordar esta questão do agravamento ou não da vulnerabilidade do consumidor em razão da pandemia da Covid-19, importa discorrer breves linhas a respeito do fato determinante da ocorrência do dano a número indeterminável de consumidores, segundo caso concreto em análise: a oferta enganosa.

² Disponível em: <https://bit.ly/2RuVeeU>. Acesso em: 15 jun. 2020.

3. Da oferta enganosa: considerações gerais

O Código de Defesa do Consumidor, em seu Capítulo V, normatiza as práticas comerciais voltadas à relação de consumo, dentre as quais estão a oferta (artigos 30 a 35) e publicidade (artigos 36 a 38), sendo de relevante interesse ao assunto em estudo as disposições contidas em seus artigos 30, 37 e 35, nesta ordem.

A oferta e a publicidade são práticas comerciais amplamente utilizadas para fomentar as relações consumeristas, sendo a publicidade importante técnica pré-contratual de persuasão ao consumo. Por esta razão, o Estatuto Consumerista preocupou-se em proteger o consumidor contra a oferta ou publicidade enganosa, estabelecendo diretrizes para este fim em capítulo próprio.

O citado diploma legal estabelece como direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva (artigo 6º, inciso IV) e como princípios norteadores da publicidade, dentre outros, a não abusividade da publicidade (artigo 37, parágrafo 2º), a lealdade publicitária (artigo 4º, inciso VI), a vinculação da oferta publicitária (artigo 30) e a veracidade da publicidade (artigo 37, parágrafo 1º).

Ao tratar das práticas comerciais, Herman Benjamin³ pontua as diferentes características da sociedade pré-industrial, dotada de intensa pessoalidade nas relações comerciais, em comparação à atual sociedade de consumo, intensamente massificada em todas as suas fases, da produção à comercialização, passando pela publicidade, tudo com o único intuito de atingir o mercado de consumo, também massificado, visto que composto de indeterminável número de consumidores anônimos.

³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* Das práticas comerciais. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 254-255: “A sociedade de consumo é, antes de tudo, uma realidade coletiva, em que os indivíduos (fornecedores e consumidores) e os bens (produtos e serviços) são engolidos pela massificação das relações econômicas: produção em massa, comercialização em massa, crédito em massa, comunicação em massa e consumo em massa. Inseridas nesse novo modelo econômico e social, as práticas comerciais – igualmente como fenômeno de massa – ganham enorme relevo. Afinal, sem marketing, um dos diversos componentes das práticas comerciais, não haveria, certamente, sociedade de consumo. Em tal contexto difuso ou coletivo, desaparece, ou perde importância, a sociedade pessoal, aquela em que o consumidor e o fornecedor são velhos conhecidos. De fato, na sociedade pessoal, pré-industrial, todos se conheciam. Não é o que se dá no esquema da sociedade de consumo.”

Segundo o eminente jurista, o *marketing*, que não se confunde com a publicidade, tem relevante papel para alavancar as vendas em uma sociedade de consumo, com a aproximação dos consumidores aos bens de consumo massivamente produzidos. Ele ressalta, contudo, que nesse processo podem ocorrer vícios que exponham os consumidores a potencial risco de dano, quando não o submetem a situação de dano efetivo.⁴

Exemplo concreto da prática patológica de oferta publicitária é a questão sob análise, que causou inequívoco dano a número indeterminável de consumidores, em plena pandemia da Covid-19.

Os consumidores foram alvo de conhecida prática comercial para alavancar a comercialização de produto de consumo durável: publicidade televisiva⁵ em rede nacional, cuja abrangência implica enorme potencial lesivo se a oferta publicitária for enganosa.

Precisamente, a publicidade em referência é falsa, o que é um tipo de publicidade enganosa.⁶ Com efeito, a publicidade transmitida exaustivamente no intervalo do Jornal da Band veiculou oferta falsa,

⁴ *Ibid.*, p. 255-256: “Temos, pois, que as práticas comerciais servem (também se servem) e alimentam (também se alimentam) a (da) sociedade de consumo, aproximando os consumidores dos bens maciçamente colocados à sua disposição. Esse é seu grande papel. E exatamente aí, paradoxalmente, reside o seu grande perigo para os consumidores em geral. Vale dizer: o caráter patológico das práticas comerciais manifesta-se como um vício na forma como se processa essa ‘aproximação’ entre os diversos sujeitos do mercado e os bens de consumo. A quebra do ‘anonimato’ traz riscos para o consumidor.”

⁵ E para que não haja dúvida de que a oferta do caso em concreto foi realizada por publicidade televisiva, é interessante citar os argumentos apresentados por Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, em sua tese de doutorado, para diferenciar mensagem publicitária, informe desinteressado, informe publicitário e propaganda: “A mensagem é publicitária quando apresenta o escopo, direto ou indiretamente, de promover a aquisição de bens ou serviços pelo consumidor. Distingue-se da mera informação que é neutra e desinteressada na apresentação dos dados e características do produto ou serviço como são, por exemplo, as informações de conteúdo jornalístico ou científico. Uma matéria elaborada por profissional que informe o consumidor sobre as características de certo(s) produto(s), a partir de pesquisas ou estudos realizados não pode ser confundida com publicidade. Havendo, no entanto, interesse comercial na divulgação do produto necessário advertir o consumidor de que se trata de um - Informe Publicitário e não de uma opinião desinteressada. A informação de caráter publicitário também não se confunde com a chamada propaganda, cujo objetivo é a divulgação de ideias sem finalidade econômica (ex: propaganda eleitoral, religiosa, governamental).” DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Crítérios para avaliação da licitude da publicidade*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 99.

⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Oferta e publicidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe (org.). *Manual de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 281-282: “Não se confunde publicidade falsa com publicidade enganosa. Aquela não passa de um tipo desta. O grande labirinto dessa matéria decorre exatamente do fato de que a publicidade enganosa, nem sempre é evidentemente falsa.”

consistente na venda de produto de renomada marca de TV existente no mercado de consumo, por preço altamente convidativo, cuja entrega o respectivo fornecedor-anunciante, antecipadamente, tinha ciência de que não cumpriria, pois se tratava de uma empresa de fachada que não dispunha do produto anunciado em estoque.

E diante da oferta enganosa em referência, objeto de publicidade amplamente divulgada em rede televisiva de canal aberto, um número indeterminável de consumidores foi exposto a risco de dano ou efetivamente prejudicado, pois foi induzido ao erro pela oferta falsa e pagou por um produto que não lhe foi entregue.

O consumidor lesado arcará ou não com o dano material suportado? Esta questão merece profunda reflexão pois, a depender da resposta a ser adotada, princípios⁷ importantes que norteiam a defesa de relevantes direitos⁸ do consumidor poderão ser renegados para favorecer o interesse econômico de um dos fornecedores pertencente à cadeia de consumo em discussão, em detrimento do consumidor lesado, que por Lei é parte presumivelmente vulnerável na relação de consumo.

Com efeito, tendo como referência o caso em concreto sob análise, os consumidores que adquiriram o produto ofertado pela empresa 123 Importados assim o fizeram em razão da oferta publicitária veiculada em horário nobre de rede aberta de televisão, ocorrida durante

⁷ Brasil. Código de Defesa do Consumidor. “Art. 4º: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (*Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995*) I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...] III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (*art. 170, da Constituição Federal*), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; [...] VI – coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores.”

⁸ Brasil, Código de Defesa do Consumidor. “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; [...] VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”

a pandemia da Covid-19 e, as vítimas da fraude, suportaram prejuízo material, cuja reparação, inicialmente, mostra-se inviável.

Isto porque o fornecedor-anunciante, empresa de fachada, certamente não terá condições de cumprir a oferta, conforme determina o artigo 30 c.c. artigo 35, I, ambos do CDC, e tampouco disporá de patrimônio para responder por futura execução, na hipótese de ser condenado judicialmente a ressarcir materialmente o consumidor, a teor do que dispõe o artigo 35, inciso III, do CDC.

É possível ao consumidor deduzir sua pretensão de reparação contra a emissora de TV que veiculou a oferta enganosa?

Para resposta a essa indagação, interessante a análise de precedentes sobre o assunto em discussão, verificando o entendimento da jurisprudência pátria.

4. Dos precedentes: análise crítica dos argumentos

Em pesquisa realizada no sítio eletrônico do Colendo Superior Tribunal de Justiça pátrio, constatou-se a escassez de julgados que tivessem por objeto hipótese análoga ao caso concreto em estudo. Entretanto, dentre o restrito espectro de julgados analisados, verifica-se que a referida Corte apresenta entendimento dominante no sentido de que o veículo de comunicação que divulga a publicidade enganosa não pode ser responsabilizado solidariamente pelo dano causado ao consumidor, ainda que vítima de fraude.

Em análise de julgados, os fundamentos aduzidos para afastar a responsabilidade solidária das emissoras de televisão sintetizam-se no seguintes termos: “a emissora de TV não é responsável solidária pelo inadimplemento contratual do fornecedor de produtos que veicula, eis que os artigos 30 e 38 do CDC impõem deveres ao anunciante, não à empresa de comunicação pelo conteúdo da publicidade, não havendo como culpar a recorrente”;⁹ “a responsabilidade pelo dano decorrente de fraude não pode ser imputada ao veículo de comunicação visto que

⁹ Brasil. STJ, Resp. nº 604.172, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Brasília, 27/03/2007.

esse não participou da elaboração do anúncio, tampouco do contrato de compra e venda do produto”;¹⁰ “a responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado é do respectivo fornecedor (artigo 3º, CDC), não se estendendo a empresa de comunicação que veicula a propaganda.”¹¹

No egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo verificou-se, por amostragem, julgamentos monocráticos em primeiro grau, reconhecendo a responsabilidade solidária do veículo de comunicação por publicidade enganosa produzida por fornecedores de produtos em geral; porém, em julgamento colegiado, praticamente de forma pacífica, é sustentado entendimento contrário, com os seguintes argumentos: “a emissora de TV é parte ilegítima na demanda, vez que não se encontra na cadeia de consumo, sendo indevida sua responsabilização. Houve mera veiculação de publicidade”;¹² “a responsabilidade pela oferta é adstrita ao fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. Exegese dos artigos 30 e 38 do CDC”;¹³ “se a emissora não responde pela simples veracidade e correção de informe publicitário (artigo 38, CDC), por mais razão não haveria de se lhe carrear a responsabilidade pela evidente má-fé daquele com quem o autor efetivamente contratou.”¹⁴

Após atenta análise dos argumentos utilizados nos precedentes acima relacionados, impende realizar análise crítica e individual: a)

¹⁰ Brasil. STJ, Ag. Rg. nos E. Dcl. no Ag. 1.360.058/RS, Rel. Ministro Sidney Benti, Brasília, j. 12/04/2011.

¹¹ Brasil. STJ, Resp. nº 1.157.228/RS, Rel. Ministro Aldor Passarinho Jr., Brasília, j. 03/02/2011, DJE 27/04/2011; Resp 1.046.241, Rel. Ministra Nancy Andrich;

¹² São Paulo. TJ, Ap. 100.7047.21.2016.8.26.0269, Rel. Des. Marcos Gozzo, j. 19/02/2019; Ap. 000.6561.66.2015.8.26.0664, Rel. Des. Azuma Nishi, j. 30/06/2016; Ap. 0000044.16.2010.8.26.0019, Rel. Des. Coelho Mendes, j. 22/05/2012; Ap. 400.2229.29.2013.8.26.0576; Rel. Des Claudio Hamilton, j. 30/03/2016.

¹³ São Paulo. TJ, Ap. 400.265368.2013.8.26.0577, Rel. Flávio Abramovici, j. 21/11/2016; Ap. 0022451.40.2012.8.26.0344, Rel. Salles Rossi, j. 11/02/2016; Ap. 0011525.96.2005.8.26.0068, Rel. Des. Andrade Neto, j. 06/03/2013; Ap. 108.6550.16.2016.8.26.0100, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 07/03/2018; Ap. 000.9437.75.2011.8.26.0068, Rel. Des. Ana Maria Baldy, j. 1º/03/2.018. Neste acórdão acrescenta-se, ainda, o fundamento de que a emissora não é responsável, pois não se verifica em sua conduta alguma forma de contribuição para a ocorrência dos prejuízos experimentados pelos consumidores adquirentes. E Ap. 920.1633.94.2009.8.26.0000, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, onde se acrescenta o argumento de inexistência de abuso de direito, dolo ou má-fé por parte da emissora, para justificar a sua não responsabilidade pela reparação do dano causado ao consumidor.

¹⁴ São Paulo. TJ, Ap. 000.1498.58.2009.8.26.0280, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 07/05/2013.

a responsabilidade pela oferta é adstrita ao fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. Exegese dos artigos 30 e 38, do CDC; b) a responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado é do respectivo fornecedor (artigo 3º, CDC), não se estendendo à empresa de comunicação que veicula a propaganda.

O artigo 30 do CDC dispõe, *in verbis*: “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”. Já o artigo 38, do citado Diploma Legal preceitua, *in verbis*: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Esses dispositivos legais encontram-se inseridos no capítulo do Código de Defesa do Consumidor que trata das práticas comerciais, no qual o legislador, antevendo hipóteses de práticas enganosas ou abusivas, quando da utilização de técnicas de *marketing* por fornecedores de produtos e/ou serviços para alavancar suas vendas, estabeleceu salutares regras para proteção e defesa do consumidor, consagrando, através do artigo 30, o princípio da vinculação da oferta ao contrato, ao passo que trouxe, por meio do artigo 38, regra de natureza processual, consistente em distribuição do ônus probatório, ao incumbir ao fornecedor-anunciante o dever de comprovar a veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária.

A leitura acurada dos dispositivos legais acima possibilita a percepção de que ambos não versam a respeito da responsabilidade do fornecedor por dano, concreto ou em potencial, causado ao consumidor, em eventual relação de consumo, cujo regramento está no capítulo IV¹⁵ do Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 30, repita-se, inserido no capítulo das práticas comerciais, visa vincular o fornecedor anunciante a toda e qualquer oferta que realize, integrando-a ao contrato de consumo, como forma de permitir

¹⁵ Capítulo IV: Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos

que o consumidor, atraído pela oferta, possa exigir o seu cumprimento, na hipótese de o fornecedor dela procurar se retratar.¹⁶ Somente isso.

O fato de a letra da Lei dizer que a oferta vincula o fornecedor que a fizer veicular não confere ao intérprete o direito de, com base nesse dispositivo legal, excluir a responsabilidade solidária de outro fornecedor, integrante da cadeia de consumo, pelo dano causado ao consumidor atingido pela publicidade de oferta enganosa.

A indevida utilização do argumento em análise faz letra morta à teoria da responsabilidade civil objetiva adotada pelo Estatuto Consumerista para nortear a reparação de danos suportados pelo consumidor, parte presumidamente vulnerável nas relações de consumo em massa.

Com efeito, o microsistema de defesa do consumidor adotou como regra a responsabilidade objetiva do fornecedor de produto ou serviço, através da qual basta a comprovação do evento danoso e o nexo de causalidade entre este e o dano suportado pelo consumidor para caracterizar a responsabilidade civil do fornecedor e de todo aquele que de alguma forma concorrer para a ocorrência do dano, a teor do que dispõem o parágrafo único do artigo 7º e o parágrafo 1º do artigo 25, ambos do CDC.

A emissora de TV, ao comercializar espaço em sua programação para publicidade de oferta de produto ou serviço, beneficiando-se economicamente pela divulgação desse produto ou serviço, não faz parte da cadeia de consumo que lesou o consumidor, vítima da oferta enganosa por ela veiculada? Sob a ótica da sistemática das regras

¹⁶ A confirmar esse entendimento, cita-se trecho de artigo de Cláudia Lima Marques: “Já adaptado ao novo paradigma da boa-fé e da proteção da confiança despertada, o CDC expandiu a noção de oferta, para nela incluir toda a informação suficientemente precisa e mesmo a publicidade ou atos de marketing (Art. 30) e determinou que estes atos negociais prévios fossem não só vinculantes, mas que integrassem o contrato que vier a ser celebrado (queira o fornecedor ou não ex vi Art. 1º c/c Art. 30 do CDC), quebrando a possibilidade de autodeterminação própria e autovinculação própria. [...] estava o CDC estabelecendo um paradigma de transparência, de proteção da confiança. Toda a informação prestada pelos fornecedores, mesmo sobre a forma de publicidade ou apresentação de produtos e serviços (Art. 35 do CDC), pode vincular o fornecedor, queira ele ou não, tenha ele ou não ressalvado na publicidade ou oferta que a ela não se vincula, tenha ele a feito veicular (pago) ou tenha ele simplesmente dela se aproveitado (institucionalmente, direta ou indiretamente!), se criou a confiança de boa-fé nos consumidores! (in Revista da Escola Paulista do Estado de Sergipe, vol. 07, 2004, p. 49 e 50)

estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor, não há dúvida de que sim. E, fazendo parte da cadeia de consumo, contribuindo com a ocorrência do dano ao consumidor, o veículo de comunicação que concretizou a publicidade da oferta enganosa certamente deve responder solidariamente pelo prejuízo suportado pelo consumidor.¹⁷

Com efeito, não há dúvida de que a emissora de TV contribuiu de alguma forma com o dano suportado pelo consumidor, pois foi através da veiculação da oferta enganosa em sua programação diária que ele teve acesso à oferta do produto. Será que o consumidor teria adquirido o produto caso a sua respectiva oferta, a preço promocional, não tivesse graciosamente caído em seu colo, quando este comodamente encontrava-se no interior de sua residência assistindo à programação veiculada pela emissora de televisão de sua preferência?

É de se cogitar a grande probabilidade de que o dano ao consumidor não ocorresse se a transmissora de televisão não veiculasse a oferta enganosa em cadeia nacional. Portanto, não há como afastar a emissora de televisão como fornecedor responsável solidariamente pelo dano causado ao consumidor.

E do mesmo modo, a invocação da exegese do artigo 38, do CDC, é premissa logicamente inválida para induzir à conclusão de que a emissora de televisão não é responsável solidária pela reparação do dano causado ao consumidor ludibriado por oferta e publicidade enganosas por aquela veiculada.

Isto porque a regra prevista no artigo 38 do CDC é de natureza processual, diretamente relacionada à distribuição do ônus probatório em demandas de consumo que tenham por objeto prática comercial consistente em oferta publicitária enganosa ou abusiva, atribuindo ao fornecedor que a patrocina (entenda-se: a produz, a contrata)

¹⁷ É importante esclarecer que o entendimento ora sustentado, além de contrariar tese dominante do Superior Tribunal de Justiça, não é pacífico na doutrina. Compactuam do mesmo entendimento: GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 170. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 16); CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 286-289. Há ainda posicionamento de Rizzato Nunes, que sustenta a responsabilidade mitigada. Vide: NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 450-451.

o ônus probatório de provar a veracidade e correção da informação a seu respeito.

A atribuição da responsabilidade de provar, repita-se, trata-se apenas de distribuição legal do ônus probatório, visivelmente estabelecido pela Lei para proteger o consumidor, parte vulnerável na relação de consumo, em eventual demanda judicial que patrocine contra fornecedor de produto ou serviço cuja oferta foi enganosa ou abusiva.

Esta norma, de natureza processual, da forma equivocada como tem sido utilizada nos precedentes judiciais sob análise, tem evidentemente prejudicado o consumidor, vítima de fraude em publicidade enganosa, pois isenta da responsabilidade de reparação do dano o fornecedor da cadeia de consumo que, pela sistemática do Código de Defesa do Consumidor, é solidário e objetivamente responsável por tal reparação, o que tem deixado consumidores sem a devida reparação, pois o fornecedor, excluído da responsabilidade – emissora de televisão –, a exemplo do caso concreto em análise, seria o único que teria patrimônio suficiente para arcar com o prejuízo.

E desta forma, a norma de caráter processual estabelecida no artigo 38 do CDC tem sido equivocadamente utilizada nos precedentes em análise como fundamento jurídico para desamparar o consumidor de seu respectivo direito de reparação de dano, com o conseqüente distanciamento da norma em comento da finalidade para a qual foi criada pelo Legislador, isto é, proteger o consumidor na defesa de seu direito em Juízo, com a imposição do ônus de provar a veracidade ou correção da oferta ao fornecedor que a patrocina.

Ou seja, a utilização de premissa inválida para dela logicamente induzir a conclusão da exclusão da responsabilidade do veículo de comunicação pelo dano provocado ao consumidor tem levado à violação de um importante princípio do sistema protetivo do consumidor, que é o princípio da efetiva reparação do consumidor.

Também não se sustentam os seguintes argumentos utilizados nos precedentes em análise: “não há como culpar a recorrente”;¹⁸ “a responsabilidade pelo dano decorrente de fraude não pode ser imputada

¹⁸ Brasil. STJ, Resp. n.º 604.172, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Brasília, j. 27/03/2007

ao veículo de comunicação visto que esse não participou da elaboração do anúncio, tampouco do contrato de compra e venda do produto”;¹⁹ “a responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado é do respectivo fornecedor (artigo 3º, CDC), não se estendendo a empresa de comunicação que veicula a propaganda.”²⁰

Como já dito, o Código de Defesa do Consumidor adotou como regra a teoria da responsabilidade objetiva para fins de reparação de danos ao consumidor, excepcionando apenas a relação de consumo envolvendo prestação de serviços de profissionais liberais.²¹ Portanto, na matéria em discussão, que envolve a responsabilidade de um fornecedor de serviço (emissora de TV que veicula oferta publicitária durante sua programação diária) não há que se invocar para a exclusão de sua responsabilidade civil a teoria da responsabilidade subjetiva, que envolve a discussão de dolo e culpa do agente causador do dano ou daquele que concorre com este para sua ocorrência. Ora, se o legislador não excepcionou essa hipótese, não cabe ao julgador assim o fazer, contrariando a própria Lei.

O outro argumento acima referido, do mesmo modo, imiscui-se na teoria da responsabilidade civil subjetiva quando diz que não cabe imputar a responsabilidade à emissora pela fraude da publicidade veiculada, pois o julgador ao assim afirmar está, novamente, entrando na seara do dolo e da culpa, elementos integrantes da responsabilidade civil subjetiva. Na relação de consumo, não se discute a culpabilidade da conduta do fornecedor, isto é, se ele agiu com dolo ou culpa. Basta que sua ação ou omissão tenha contribuído para a ocorrência do dano, havendo nexos de causalidade entre este e aquela, para caracterização da sua responsabilidade civil, que somente é excluída nas hipóteses previstas nos incisos I e II, do parágrafo 3º, do artigo 14 do CDC.

Ainda tendo por objeto o argumento de que a responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado é do respectivo fornecedor (artigo 3º, CDC), não se estendendo à empresa de comunicação

¹⁹ Brasil. STJ, Ag. Rg. nos E. Dcl. no Ag. 1.360.058/RS, Rel. Ministro Sidney Benti, Brasília, j. 12/04/2011, Dje 27/04/2011.

²⁰ Brasil. STJ, Resp. nº 1.157.228/RS, Rel. Ministro Aldor Passarinho Jr., Brasília, j. 03/02/2011, DJE 27/04/2011; Resp 1.046.241, Rel. Ministra Nancy Andriahi.

²¹ Art. 14, § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

que veicula a propaganda,²² é oportuno pontuar que o veículo de comunicação, no caso a emissora de televisão, enquadra-se no conceito legal de fornecedor de serviço²³ e faz parte, em particular, da cadeia de consumo do produto adquirido pelo consumidor lesado pela publicidade enganosa do seu fornecedor direto.

Isto porque a transmissora de TV contribuiu para a venda do produto ao consumidor, sendo remunerada pelo comerciante do produto pela veiculação da publicidade em sua programação diária, pouco importando se o veículo de comunicação tinha ciência ou não do conteúdo da oferta enganosa por ele veiculada.

Por que a alta Corte de Justiça deste país isenta a emissora de televisão, ou outros meios de comunicação, da responsabilidade pelo dano causado ao consumidor por ter sido ludibriado por oferta e publicidade enganosas?

O referido entendimento jurisprudencial direciona suas decisões para a parte mais forte da relação de consumo,²⁴ em prejuízo a todo microsistema criado por determinação constitucional para defesa do consumidor,^{25,26} parte vulnerável e usualmente hipossuficiente da

²² Brasil. STJ, Resp. nº 1.157.228/RS, Rel. Ministro Aldor Passarinho Jr., j. 03/02/2011, DJE 27/04/2011; Resp 1.046.241, Rel. Ministra Nancy Andriighi.

²³ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º ... § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

²⁴ Entendimento esposado pelo desembargador Galdino Toledo Junior, nos autos da apelação nº 0046258.16.2009.8.26.0564, deixa bem clara a tendência da crítica em comento, a exemplo do argumento a seguir transcrito: “Entendimento em contrário, *data venia*, implicaria reconhecimento de que toda a mídia responderia particularmente pelos anúncios veiculados, transferindo a estas, dentre outras, a obrigação de testar cada produto, bem como a quantidade de estoque existente, ou a própria idoneidade financeira da vendedora, inviabilizando com isso, totalmente, a própria atividade, já que obrigaria cada anunciante a ter seu próprio canal de divulgação de seus produtos”.

²⁵ Brasil. Constituição Federal. 1988. Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

²⁶ Gustavo Tepedino compartilha exatamente entendimento contrário ao comportamento da Jurisprudência em referência, ao sustentar que: “se a proteção ao consumidor é instrumental à tutela de dignidade da pessoa humana, a situação de vulnerabilidade de pessoas atingidas por acidentes de consumo ou práticas comerciais abusivas mostra-se suficiente para atrair os dispositivos do Código

relação de consumo, de forma a contribuir com o desequilíbrio desta relação jurídica, exatamente o que o Poder Constituinte pretendeu afastar para permitir justiça social e dignidade a seus cidadãos através dos princípios da ordem econômica estabelecidos no artigo 170 da Constituição Federal, dentre os quais está a defesa do consumidor (inciso V, artigo 170, CF/88).²⁷

5. Da vulnerabilidade exacerbada do consumidor diante de pandemia da Covid-19: causa determinante para modificação do entendimento dominante da jurisprudência

A defesa do consumidor, alçada pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXII), teve seu respectivo sistema protetivo criado em cumprimento a comando constitucional (artigo 48, ADCT),²⁸ pois foi reconhecido pelo Poder Constituinte que, para o real e efetivo exercício de um Estado Democrático de Direito, sua respectiva economia deveria estar fortalecida e, para o alcance de tal intento, o princípio da igualdade deveria imperar em todos os âmbitos de sua sociedade: social, político e econômico.

O sábio critério adotado para minimizar a desigualdade existente nos mecanismos impulsionadores da economia foi a criação de um conjunto de normas para proteger o consumidor em suas relações negociais, pois este foi reconhecido pelo legislador como a parte

de Defesa do Consumidor, a um tempo justificando as normas de expansão do sistema e disciplinando a sua interpretação. [...] Além disso – e talvez o mais importante – a solução corrobora a percepção, cada vez mais amadurecida, que é a tutela constitucional das desigualdades *que justifica a intervenção em favor dos consumidores e não o contrário.*” (TEPEDINO, Gustavo. *Os contratos de consumo no Brasil: temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. 2, p. 134, grifo nosso)

²⁷ Segundo Cláudia Lima Marques: “Em nosso caso, a opção da Constituição Federal de 1988 de tutela especial aos consumidores, considerados agentes econômicos mais vulneráveis no mercado globalizado, foi uma demonstração de como a ordem econômica de direção devia preparar o Brasil para a economia e a sociedade do século XXI. Efetivamente, o direito do consumidor é direito fundamental, direito humano de nova geração, direito social e econômico positivado na Constituição Brasileira (art. 5, XXXII CF/ 88)”, (MARQUES, Cláudia, Lima. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Revista da Escola da Magistratura de Sergipe*, n. 7, p. 15-54, 2004, p. 32).

²⁸ “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

fraca, vulnerável da relação negocial, portanto, subjugada pelo poderio econômico dos fornecedores do mercado de consumo, o que, se assim prevalecesse, impediria o Estado brasileiro de alcançar os seus objetivos de República Federativa, em especial, de ser uma sociedade livre, justa e solidária, nacionalmente desenvolvida (artigo 3º, I e II, CF/88).

Vale dizer que o Poder Constituinte, na época da elaboração da Constituição Federal hoje em vigor, reconheceu a vulnerabilidade como condição intrínseca a todo e qualquer consumidor, ante o fato de este não deter o controle sobre os bens de produção, carecendo também do poder de informação sobre a qualidade e segurança de qualquer produto ou serviço colocado no mercado de consumo, o que o sujeita a ser vítima de fraudes, de dano a sua saúde, a sua integridade física ou psicológica, com reflexos diretos em seu patrimônio ou direito de personalidade.

A vulnerabilidade do consumidor, portanto, deve ser entendida como sua condição de fragilidade em relação ao fornecedor, o qual apresenta poderio econômico, controle técnico e de produção do seu produto ou serviço. A vulnerabilidade do consumidor não se confunde com a hipossuficiência. A vulnerabilidade é conceito de natureza abstrata e genérica e é ínsito à condição de toda e qualquer pessoa que figure como consumidor em uma relação de consumo. A hipossuficiência é característica particular a uma pessoa ou grupo de pessoas que se subsomem a uma determinada condição, que acentua sua hipossuficiência intelectual, cultural e econômica,²⁹ a exemplo de crianças, jovens ou idosos, pobres, analfabetos ou semianalfabetos.

Percebe-se, portanto, que o princípio da vulnerabilidade do consumidor está intrinsecamente relacionado ao princípio da proteção do consumidor, que se desdobra através de disposições do Código de Defesa do Consumidor que estabelecem a regra da responsabilidade objetiva do fornecedor, a responsabilidade solidária de todos os fornecedores que integram a cadeia de consumo e a facilitação da defesa do consumidor em demandas judiciais, com a possibilidade da inversão do ônus

²⁹ Para aprofundamento do assunto, sugere-se leitura da dissertação de mestrado de Luiz Roberto Borges, *A vulnerabilidade do consumidor e os contratos de relação de consumo*, sob orientação da Prof.^a Dr.^a Maria de Fátima Ribeiro, em especial as páginas 58 a 63.

probatório, tudo assegurado pelo direito fundamental do indivíduo ao amplo acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV, CF/88).

E, considerando a sistemática protetiva do consumidor, tão bem alinhavada pelo Legislador através da edição do Código de Defesa do Consumidor, deve-se prestigiar de maneira efetiva todas as suas normas e princípios nesta época em que a sociedade brasileira encontra-se acometida pela pandemia da Covid-19, a qual, sem dúvida, exacerbou a vulnerabilidade dos consumidores nas relações de consumo.

Com efeito, como já dito inicialmente, a imprevisível situação de calamidade de saúde pública instaurada pela pandemia em referência, que expõe a sociedade mundial a vírus desconhecido cujas implicações sintomáticas no organismo do ser humano também são desconhecidas da ciência médica, obriga essa mesma sociedade, como maneira de conter a propagação desse vírus, ao distanciamento social, com o confinamento de toda sua população, dentre ela a brasileira, em suas residências, como medida essencial à manutenção da vida.

Essa inesperada situação gerou imediato reflexo negativo na economia mundial, com sua cadeia de produção de bens e de consumo inesperadamente interrompida, acarretando desastrosos efeitos na capacidade de geração de renda dos cidadãos e do próprio Estado.

A incerteza instaurada pelo desconhecido vírus pandêmico desestabilizou todo o mercado de consumo e, por conseguinte, os seus integrantes, fragilizando as duas partes dessa relação, isto é, fornecedor e consumidor, tornando, contudo, o consumidor mais fragilizado, considerando já sua presumida vulnerabilidade.

O confinamento da população cerceou a liberdade de ir e vir de seus integrantes, portanto, do seu livre acesso a seus fornecedores habituais, as lojas físicas de sua confiança, cuja prática de acesso, no mercado brasileiro, ainda é preponderante.

Os consumidores, em virtude da quarentena instaurada pela pandemia da Covid-19, repentinamente deixaram de ter acesso livre e direto a produtos e serviços não essenciais, com conseqüente limitação à informação sobre seus respectivos preços, qualidades técnicas e condições de entrega, restringindo-se o consumo de bens não essenciais ao comércio virtual, cujo acesso, observe-se, é limitado à classe socioeconômica mais favorecida, deixando à margem do consumo grande parte da população brasileira, predominantemente pobre, em razão de desigualdade social ainda existente neste país.

E neste cenário mundial e nacional certamente os consumidores, muitos deles hipossuficientes, tornam-se ainda mais vulneráveis em eventuais relações de consumo a que se submetem, podendo ser, em maior amplitude, vítimas de fraudes com reflexo patrimonial direto diante de práticas comerciais enganosas, a exemplo do caso concreto objeto de análise neste trabalho, ocorrido já em plena pandemia.

É de se observar que um número indeterminável de consumidores somente foi exposto a tal prática enganosa em razão de sua publicidade em rede televisiva aberta, de alcance nacional. E pior, que dispõe de alta credibilidade frente a seus telespectadores, favorecendo o sentimento de confiança em relação às publicidades por ela transmitidas no intervalo de sua programação diária, especificamente em horário nobre, o que, em regra, é utilizado por empresas que apresentam poderio econômico, em razão do elevado custo de veiculação da propaganda.

Ou seja, a oferta enganosa veiculada pela emissora de televisão em horário nobre de sua programação gerou errônea confiança na idoneidade da empresa anunciante, que ofertava produto de excelente qualidade no mercado de consumo a preço altamente convidativo, mas não impeditivo de sua comercialização.

Com efeito, a empresa anunciante, já em plena pandemia, oferece ao público, por meio de rede de televisão conceituada, produto conhecido e de marca confiável – por sua excelência de qualidade – pela metade do preço, prática usual no mercado de consumo em que os fornecedores visam alavancar suas vendas para queima de estoque ou até mesmo para levantar capital de giro, algo absolutamente plausível em época de crise econômica instaurada por uma pandemia.

Vale dizer, é o cenário perfeito para a oferta enganosa atingir gama enorme de consumidores, altamente fragilizados pelas desastrosas circunstâncias causadas pela pandemia, o que certamente justifica maior atenção do Poder Judiciário, com possível modificação de entendimento a respeito da exclusão da responsabilidade dos veículos de comunicação pela reparação de danos causados a consumidores, individual ou coletivamente, vítimas de propaganda enganosa por eles divulgada em sua programação diária.

6. Conclusão

Por meio de análise de caso concreto, foi constatado que consumidores do país, em razão da pandemia da Covid-19, foram vítimas fáceis de oferta publicitária enganosa veiculada em conhecida rede de televisão de canal aberto ao tornarem-se mais vulneráveis a tais práticas comerciais, já que, enclausurados em suas casas por determinação governamental, ficaram impedidos de consumir produtos e serviços não essenciais por seus meios habituais.

Constatou-se também que, a despeito do Código de Defesa do Consumidor trazer princípios e normas que visam assegurar a máxima proteção do consumidor lesado em suas relações de consumo, entendimento jurisprudencial dominante do Superior Tribunal de Justiça, acompanhado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não confere ao consumidor a proteção desejada, pois exclui a responsabilidade solidária do veículo de comunicação na reparação do dano causado ao consumidor, embora seja responsável pela divulgação da oferta enganosa, utilizando-se de premissas inválidas para indução lógica dessa conclusão.

E assim agindo, o Poder Judiciário, através dos Tribunais em referência, atua na contramão do sistema protetivo do consumidor, protegendo fornecedor de gigante potencial econômico na cadeia de consumo sob análise, em detrimento do consumidor, parte reputada por Lei presumidamente vulnerável.

Segundo entendimento neste trabalho sustentado, prestigiando a responsabilidade objetiva e solidária de todos os fornecedores integrantes da cadeia de consumo, torna-se recomendável a mudança do referido entendimento jurisprudencial, para reconhecer a responsabilidade solidária do veículo de comunicação que divulga oferta publicitária enganosa causando danos ao consumidor, pois tal entendimento aparenta ser o que melhor atende ao sistema protetivo do consumidor, de forma a garantir a sua efetiva e integral reparação.

A mudança de entendimento mostrar-se-á altamente salutar para justas soluções em conflitos de consumo, especialmente nesta tormentosa fase de excepcional situação de calamidade de saúde pública, que certamente trará duradouros e imensuráveis prejuízos socioeconômicos à população deste país.

Referências

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* Das práticas comerciais. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Oferta e publicidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe (org.). *Manual de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BORGES, Luiz Roberto. *A vulnerabilidade do consumidor e os contratos de relação de consumo*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Marília, Marília, 2010.

CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1996.

DENÚNCIA de golpe: empresa de produtos importados vende e não entrega produtos ao consumidor. [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (36 min). Publicado pelo canal Celso Russomanno. Disponível em: <https://bit.ly/2RuVeeU>. Acesso em: 15 jun. 2020.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Crítérios para avaliação da licitude da publicidade*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 16).

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, Aracaju, n. 7, p. 15-54, 2004.

NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Os contratos de consumo no Brasil: temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2.