

NOTA TÉCNICA CONJUNTA PROCON ESTADUAL Nº 1, DE 12 DE NOVEMBRO DE 2009
(Retificação)

Assunto: "Errata"

EMENTA: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PUBLICIDADE. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DA OFERTA. IMPOSSIBILIDADE DO FORNECEDOR RECUSAR CUMPRIMENTO À OFERTA. INCORREÇÃO DA PUBLICIDADE. REQUISITOS MÍNIMOS PARA A PUBLICAÇÃO DE ERRATA. NÃO CUMPRIMENTO. PRÁTICA ABUSIVA. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR.

O **PROCON ESTADUAL DE MINAS GERAIS**, pela Coordenadoria da Área de Publicidade, órgão integrante do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), responsável pelo planejamento, elaboração, proposição, coordenação e execução da Política Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor faz expedir, com base no art. 4º do Decreto federal nº 2181/97, que regulamenta a Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), reunido com o **FÓRUM DOS PROCONs MINEIROS** por ocasião do "Encontro Técnico do Sistema Estadual de Defesa do Consumidor de Minas Gerais e 15ª reunião do Fórum dos PROCONs Mineiros", na sede da Procuradoria Geral de Justiça de Minas Gerais, a presente NOTA TÉCNICA, após ampla discussão e aprovação pelos presentes, para encaminhamento a todos os organismos integrantes do Sistema Estadual de Defesa do Consumidor (SEDC), bem como, para divulgação e conhecimento público, relativamente aos fatos, fundamentos e respectivas conclusões sobre o tema ERRATA, tal como a seguir expostos:

I - DOS FATOS

Os Órgãos integrantes do Sistema Estadual de Defesa do Consumidor têm se deparado com vários casos, reclamações e consultas relativas à prática comercial observada em diversos estabelecimentos do comércio varejista mineiro, consistente na maciça veiculação de ERRATAS sobre ofertas publicitárias, sem qualquer critério e em prejuízo ao consumidor.

Errata é o procedimento pelo qual o fornecedor informa, por meio de um anúncio, sobre os vícios de informação constantes da oferta (informação e publicidade) de um produto ou serviço que foram constatados após a divulgação do anúncio retificado.

Geralmente tais vícios se referem a informações equivocadas sobre o preço, podendo se referir, também, a informações concernentes à qualidade, quantidade ou características dos produtos e serviços.

Os objetivos essenciais desse tipo de procedimento são o de (i) informar o consumidor sobre os equívocos esporádicos constantes da oferta publicitária e o de (ii) tornar pública a correção da informação.

Com esse procedimento, o fornecedor tentará evitar ou minimizar os prejuízos de ordem material e moral causados ao consumidor, e até mesmo as eventuais perdas e danos.

Ao menos dez questões de ordem prática são percebidas pelos órgãos de defesa do consumidor e pelos próprios consumidores com relação aos anúncios sobre erratas, conforme adiante enumeradas:

Primeira questão: As erratas geralmente são desfavoráveis ao consumidor. É muito difícil e quase impossível o consumidor se deparar com uma errata abaixando o preço do produto, por exemplo.

Segunda questão: A banalização das erratas. Há um excesso de erratas no mercado de consumo, o que demonstra que os fornecedores não se preocupam em controlar, no âmbito interno da empresa ou na agência de publicidade, as ofertas publicitárias. O que percebemos é que os fornecedores repassam às agências as informações que deverão constar no anúncio para, só depois de publicadas, efetuarem a conferência ou o controle de tais informações no anúncio.

A banalização é tão grande que os fornecedores as comunicam aos órgãos de defesa do consumidor e esperam que este repasse a informação aos consumidores, sem se importar em relatar o cumprimento ou não da oferta até a efetiva publicação da errata e as eventuais medidas que deveriam tomar para reparar os danos aos consumidores.

Tal prática denuncia, também, que os preços dos produtos são decididos pelos fornecedores de última hora, com o objetivo de trabalhar com a melhor oferta sobre os concorrentes.

Terceira questão: A desproporcionalidade gráfica e do meio de comunicação entre o anúncio e a errata. Em geral, o primeiro anúncio vem em folheto vistoso, colorido, ilustrado e muitas vezes encartado em jornais de grande circulação. Frequentemente, a publicidade é veiculada por intermédio de artistas famosos e de grande apelo popular. A errata, por sua vez, não tem a mesma intensidade do anúncio publicitário, vindo, geralmente, em quadrinho preto e branco, perdido nas páginas internas de um jornal, nem sempre de grande circulação.

Quarta questão: As erratas geralmente estão relacionadas a equívocos quanto a preços e características do produto.

Quinta questão: Os fornecedores quando se deparam com equívocos na oferta em relação a preços, antes mesmo de publicarem a errata preferem dizer ao consumidor, muitas vezes por má-fé, que o estoque do produto acabou para evitar o cumprimento forçado da oferta.

Sexta questão: Os fornecedores só percebem o equívoco do primeiro anúncio quando os consumidores já estão em suas lojas. É muito difícil o fornecedor diagnosticar o equívoco da oferta antes de veiculada a promoção (junto com a agência), o que demonstra a falta de controle entre anunciante e agência quanto ao resultado da produção do anúncio.

Sétima questão: Antes de publicada a errata, é muito comum que o cumprimento da oferta somente ocorra se houver tumulto na loja e for acionada a polícia militar (para evitar danos físicos e materiais) ou a fiscalização do PROCON (para evitar autuação). Os primeiros consumidores geralmente é quem conseguem o cumprimento da oferta.

Oitava questão: Os grandes fornecedores (como supermercados e redes varejistas de eletrodomésticos) deixam de publicar as erratas na mídia. O que se constata é que tais fornecedores apenas informam ao órgão de defesa do consumidor que ocorreu um equívoco do anúncio.

Nona questão: São raras as ações coletivas e decisões judiciais envolvendo erratas, o que demonstra a necessidade de uma uniformização e padronização dos comportamentos para a publicação de erratas.

Décima questão: Não há no Sistema Estadual de Defesa do Consumidor qualquer regulamentação sobre erratas, surgindo a necessidade de realizá-la no âmbito estadual, já que muitos fornecedores têm, freqüentemente, se utilizado desse expediente.

Delineadas as questões práticas, impõe analisarmos os contornos jurídicos da matéria.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Com efeito, não há como se falar em errata sem tratarmos da oferta. Analisando a Lei 8.078/90, vemos que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor valorizou esse momento pré-contratual de formação do contrato de consumo.

Com efeito, o Princípio da Transparência rege o momento pré-contratual, pois as informações repassadas aos consumidores integram o contrato. Como reflexo desse princípio, temos o dever de informar a cargo dos fornecedores, seja através da oferta clara e correta (publicidade) ou qualquer outra informação suficiente (Lei 8.078/90, art. 31), sob pena de o fornecedor ser forçado a cumprir a oferta (Lei 8.078/90, art. 35) ou responder pela falha na informação (Lei 8.078/90, art. 20).

Como cediço, informar é comunicar o que se sabe de boa-fé, é cooperar com o outro, é exteriorizar o que estava interno. É compartilhar. O dever de informar é oriundo da boa-fé e altamente valorado na complexa sociedade de riscos e informação.

Por sua vez, a oferta ou proposta é a declaração inicial de vontade direcionada à realização de um contrato. É o elemento inicial do contrato. A oferta no Código de Defesa do Consumidor nada mais é do que um negócio jurídico unilateral, pois cria obrigações para um indivíduo. Basta o consumidor aceitá-la para realizar o futuro contrato.

A errata não vem tratada no Código, e sim no Decreto federal que o regulamenta (2.181/97). Mas os mesmos princípios e normas que valem para a oferta (qualquer informação ou publicidade) também valem para a errata, já que ela é também um anúncio corretivo ou retificativo.

Nesse contexto, tanto o Princípio da Transparência como o da boa-fé vão se materializar em outras normas do código consumerista, como o Princípio da Vinculação da Oferta (ou Irretratabilidade da Oferta) e o Princípio da Veracidade da Publicidade.

O que mais nos interessa no exame da errata é o Princípio da Vinculação da Oferta, que vem tratado no art. 30 da Lei 8.078/90 - com as conseqüências do art. 35, bem como no art. 13, VI, do Decreto federal n. 2181/97, obrigando aquele que anuncia ao cumprimento nos exatos termos ofertados. Enfim, prometeu, tem de cumprir.

E a vinculação é um dos princípios informadores do marketing.

Para ter aplicação, dois requisitos básicos devem estar presentes: Em primeiro lugar inexistirá vinculação se não houver exposição. É dizer, a informação tem de chegar ao conhecimento do consumidor. Em segundo lugar, a oferta (informação ou publicidade) deve ser suficientemente precisa. O simples exagero publicitário (puffing) não obriga o fornecedor (expressões exageradas que não permitem uma verificação objetiva, como o melhor sabor, o mais bonito, o melhor do mundo).

Decorre da lei, portanto, que se o fornecedor recusar cumprimento à oferta, o consumidor poderá, à sua escolha, com base no art. 35: a) exigir o cumprimento forçado da obrigação; b) aceitar outro bem de consumo equivalente; c) rescindir o contrato já firmado, com a restituição do que pagou, mais perdas e danos.

Assim como a publicidade, a errata é negócio jurídico unidirecional, destituído de qualquer negociação e sob controle exclusivo do anunciante. Inexistindo negociação, fica o consumidor completamente à mercê do anunciante. Por isso que o anunciante tem em suas mãos todos os mecanismos de controle do anúncio, pois é ele quem contrata os publicitários e os veículos de comunicação. Em compensação, o consumidor se depara com o fato publicitário consumado.

E isso tem a sua razão de ser. Se os benefícios econômicos principais da publicidade são do anunciante, a assunção de seus riscos também deve ficar com o mesmo. A publicidade tem uma área de risco (exatamente a possibilidade de alguma desconformidade entre aquilo que o anunciante quis dizer e o que, efetivamente, afirma o anúncio), por ela respondendo aquele que economicamente com a atividade mais se beneficia. Cabe, pois, ao anunciante, e não ao consumidor, fazer seguro para cobrir tal área. Afinal, o custo da publicidade é passado para o consumidor através dos produtos.

Nos negócios jurídicos de consumo, a teoria do erro tem aplicação no pólo do sujeito-consumidor, que é a parte vulnerável, pois desconhece o bem. Diferentemente, o anunciante assume a posição de vendedor, conhecendo o bem, suas características, preços, os veículos, agências com quem contrata e as regras do mercado. É o profissional na relação de consumo.

Para que possa anunciar (oferta pública traz riscos maiores), o mínimo que do fornecedor se exige é que tenha ampla intimidade com seu produto ou serviço, assim como o modo de operação e viabilização da publicidade, inclusive as suas possíveis falhas.

Como o direito do consumidor não admite a invocação da teoria do erro por parte do fornecedor, no caso de publicidade o erro não seria escusável, pois significaria um rompimento do dever profissional (risco profissional), isto é, de uma obrigação de especialista a cargo do anunciante.

E no regime geral do direito do consumidor, o equívoco inocente não exime a responsabilidade civil objetiva do fornecedor. Em outras palavras, não tem efeito algum o fornecedor dizer que não foi culpa dele que o anúncio saiu errado. O que vale aqui é a objetividade da conduta, isto é, o concreto conjunto de circunstâncias em que a oferta foi procedida e também a concreta expectativa que gerou aos destinatários acerca de seu fiel cumprimento.

Assim, a responsabilidade do art. 30 e do art. 35 da Lei 8.078/90 é objetiva, pois seu texto nada alude à culpa do anunciante. Atento à vulnerabilidade do consumidor, a publicidade será exigível ainda que sua inexatidão não se deva à culpa ou dolo do anunciante, ou seja, a equívoco.

Entretanto, o equívoco grosseiro do anúncio afasta a vinculação da oferta. Mas qual é o critério para se aferir o que vem a ser equívoco grosseiro?

Na análise do preço de um produto, temos de considerar o entendimento do homem médio, já que os equívocos quanto aos preços menores dos anúncios são normalmente entendidos pelo consumidor como meras liberalidades dos anunciantes, que, embora perdendo neste ou naquele produto ou serviço, ganham com o aumento da visitação de seu estabelecimento.

Desse modo, somente o equívoco flagrantemente grosseiro, na percepção de um homem médio, é que afastaria, em tese, a responsabilidade do anunciante de cumprir a oferta, já que não terá capacidade e potencialidade de induzir a erro (Lei 8.078/90, art. 37, SS1º), como por ex., um automóvel zero quilômetro ser anunciado à vista por quantia ínfima.

Mas somente o caso concreto permitirá essa análise. Isso porque em tempos de massificação do crédito e da publicidade, da grande concorrência e da acessibilidade aos bens de consumo em razão do barateamento dos custos da produção e da obsolescência programada dos bens de consumo, associada ainda ao analfabetismo funcional dos brasileiros em questões financeiras, é perfeitamente possível que o consumidor acredite na oferta veiculada do bem anunciado.

É importante frisarmos que a regra é a da irrevogabilidade do anúncio. O anúncio-revogação sempre será considerado uma exceção, e somente admitido em casos restritos, e desde que atendidos alguns requisitos essenciais.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, o PROCON ESTADUAL, com a aprovação do Sistema Estadual de Defesa do Consumidor, firma o entendimento da ocorrência de prática abusiva (qual?) às relações de consumo, passível de ser combatida por todos os organismos fiscais integrantes do Sistema Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (SEDC), o descumprimento, por parte dos fornecedores (anunciantes) de bens de consumo, de qualquer um dos requisitos para a publicação de uma errata, conforme adiante especificados:

1) VINCULAÇÃO À OFERTA

O anunciante não poderá deixar de cumprir a oferta publicitária ou não, suficientemente precisa, eis que a regra é a da irrevogabilidade do anúncio, ressalvado:

- a) o evidente equívoco do anúncio;
- b) a incorreção retificada em tempo hábil;
- c) a incorreção exclusivamente atribuível a terceiro (agência ou veículo de comunicação), sem prejuízo, nessas hipóteses, do cumprimento forçado do anunciado ou do ressarcimento de perdas e danos sofridos pelo consumidor, assegurado o direito de regresso do anunciante contra seu segurador ou responsável direto (Decreto federal n. 2181/97, art. 13, VI).

2) QUANTIDADE EM ESTOQUE E PRAZO DA OFERTA

O anunciante deverá informar nas publicidades (i) a quantidade de bens disponíveis em estoque em cada uma de suas lojas, não valendo a expressão "enquanto durarem os estoques", sob pena de se configurar publicidade enganosa por omissão de dado essencial (Lei 8078/90, art. 37, SS3º), bem como, com igual efeito, (ii) o prazo de duração da oferta publicitária.

3) VEÍCULO DE COMUNICAÇÃO

A errata deverá ser publicada pela mesma via de divulgação do anúncio retificado, bem como em banners localizados na entrada de todas as lojas participantes da promoção.

4) FORMA

A errata deverá ter no mínimo a mesma dimensão, intensidade, forma e representação gráficas (cores, letras e imagens) do anúncio retificado, devendo também ter a mesma frequência, local, espaço e horário da mídia originalmente utilizada.

5) CONTEÚDO:

A errata deverá apresentar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e legíveis quanto ao equívoco constante do anúncio retificado e a correção a que se refere.

6) PRAZO/ALCANCE

A errata deverá ser veiculada em tempo hábil, ou seja, durante o prazo da promoção, devendo respeitar não só a eficácia temporal, como também a eficácia quantitativa e geográfica do anúncio a que se refere.

7) COMUNICAÇÕES

O anunciante deverá dar conhecimento aos órgãos públicos de defesa do consumidor, da mesma região geográfica onde o anúncio foi veiculado, da publicação da errata e das informações e dos motivos sobre o cumprimento ou não da oferta original.

8) CADASTRO

O anunciante deverá fazer um cadastro dos consumidores (nome, endereço, identidade, CPF e telefone de contato) que não foram atendidos pela oferta inicial, independente do motivo que ocasionou a sua recusa, de modo a permitir o controle efetivo por parte dos órgãos públicos de defesa do consumidor, devendo remetê-lo ao referido órgão local abrangido pelo anúncio retificativo.



Ministério Público de Minas Gerais

Os órgãos integrantes do Sistema Estadual de Defesa do Consumidor deverão coibir e reprimir todos os abusos praticados no mercado de consumo correspondentes às violações aos direitos e interesses supracitados, promovendo a responsabilidade do fornecedor nos âmbitos administrativo, civil e criminal, por meio da instauração de Investigação Preliminar, Processo Administrativo, Inquérito Civil, propositura de ações civis coletivas e criminais, representação à Autoridade Policial e/ou Ministério Público, conforme as circunstâncias assim determinem.

As recomendações acima não excluem outras, a serem deduzidas dos casos concretos, inclusive para aperfeiçoá-las, buscando uma fiel observância aos princípios, objetivos e normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Belo Horizonte, 12 de novembro de 2009.

GILMAR DE ASSIS

Promotor de Justiça

Secretário Executivo do PROCON Estadual

MARCOS TOFANI BAER BAHIA

Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor

PROCON Estadual

EDUARDO CÉSAR SCHRÖDER E BRAGA

Secretário Geral Fórum dos PROCONs Mineiros

Subscvem, ainda, o presente documento os seguintes representantes dos PROCONs municipais de: Aimorés, Alfenas, Araguari, Arcos, Argirita, Barbacena, Belo Horizonte, Betim, Boa Esperança, Botelhos, Campo Belo, Caratinga, Carmo do, Rio Claro, Congonhas, Conselheiro Lafaiete, Contagem, Coronel Fabriciano, Cruzília, Divinópolis, Extrema, Guaranésia, Guaxupé, Ipatinga, Itajubá, Janaúba, Juiz de Fora, Lavras, Machado, Mariana, Montes Claros, Muzambinho, Nova Lima, Ouro Branco, Ouro Preto, Paracatu, Patos de Minas, Pirapora, Piumhi, Poços de Caldas, Ponte Nova, Pouso Alegre, Ribeirão das Neves, Sabará, Santo Antônio do Monte, São, João Del Rei, Sete Lagoas, Teófilo Otoni, Timóteo, Três Corações, Três Pontas, Ubá, Uberaba, Uberlândia e Varginha, Viçosa; Procon/ALEMG; associações civis ANDEC e MDC.