

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JOÃO VICTOR MAROCHIO DE FREITAS**

**AS FORMAS DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA NO *YOUTUBE***  
**COMO GERADORAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL: ANALISADAS**  
**À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

VITÓRIA  
2018

JOÃO VICTOR MAROCHIO DE FREITAS

**AS FORMAS DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA NO *YOUTUBE*  
COMO GERADORAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL: ANALISADAS  
À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória-FDV, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da professora mestra Ivana Bonesi R. Lellis.

VITÓRIA  
2018

JOÃO VICTOR MAROCHIO DE FREITAS

**AS FORMAS DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA NO *YOUTUBE*  
COMO GERADORAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL: ANALISADAS  
À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória-FDV,  
como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel em  
Direito.

Aprovado em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Mestra Ivana Bonesi R. Lellis  
Faculdade de Direito de Vitória  
Orientadora

---

Prof.  
Faculdade de Direito de Vitória

## RESUMO

O Código de Defesa ao Consumidor, em essência, procura equilibrar as relações existentes entre o produtor do produto ou o prestador de serviço e o consumidor ou o consumidor em potencial. Isso pelo fato de, na teoria, o consumidor ou sua potencialidade possuírem menor conhecimento técnico sobre o produto ou serviço tratado, tornando a relação desigual. Iniciada nas Revoluções Industriais e alavancada pela globalização, os meios de propaganda tornaram-se necessárias para destacar produtos ou serviços semelhantes produzidos por fornecedores diferentes, que cada vez mais necessitavam de levar o produto ao consumidor de forma fácil, ágil e completa. Entretanto, a publicidade, *marketing* e propaganda não se limitaram ao espaço físico como revistas, jornais e *outdoors*, adentrando ao novo espaço recém descoberto das mídias digitais, como computadores, rádios e televisões, o que tornou a informação publicitárias inescapável. Como exemplo específico, tem-se a plataforma de entretenimento chamado *Youtube* que, essencialmente, não possui caráter publicitário, mas sim de possibilitar a criação dos mais variados vídeos, podendo ser tanto informacional, educativo, para diversão, entre outros. Mas, como de costume, o olhar do *marketing* viu uma vasta gama de oportunidades de repassar seus produtos e serviços de uma forma rápida e eficaz para seus possíveis compradores, como era o sonho dos comerciantes na história da Revolução Industrial. Por isso, juntamente a esse fato, o *Youtube* rendeu-se à obtenção de capital através da disponibilização da propaganda em seu *site*, visando também, o lucro. Por lógica, por ser uma plataforma aberta e convidativa, as propagandas se disseminaram de forma total entre a população, não se preocupando com faixa etária e muito menos apelo social no conteúdo publicitário. Isso então, entra em um embate com a liberdade de expressão, tanto defendida na CF/88 no Brasil e difundida pelos empresários do ramo comercial, que não se rendem à proibição de propagandas e nem ao menos sua restrição de acordo com a idade da pessoa. Porém, como deve-se observar, a criança e o jovem não possuem 100% de capacidade de distinção ou organização financeira, sendo um alvo maior para as infinitas possibilidades de conteúdos que recebem dia a dia.

**Palavras-chave:** Publicidade Enganosa e Abusiva. Propaganda. Responsabilidade Civil. Código de Defesa do Consumidor. *Internet. Youtube. Marketing. Globalização.*

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	05
<b>1 A PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR</b> .....	06
1.1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À RELAÇÃO DE CONSUMO .....	07
1.2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À INFORMAÇÃO .....	10
1.3 PUBLICIDADE E PROPAGANDA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR .....	14
1.4 PUBLICIDADE ENGANOSA E PUBLICIDADE ABUSIVA .....	16
<b>2 A PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA NO YOUTUBE</b> .....	18
2.1 YOUTUBE E A PUBLICIDADE INFANTIL .....	18
2.2 DO CONTEÚDO IMPRÓPRIO .....	21
<b>3 RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	24
3.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR .....	24
<b>4 A PUBLICIDADE ENGANOSA OU ABUSIVA NA EXPERIÊNCIA JUDICIAL E FISCAL BRASILEIRA</b> .....	28
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	29
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	31

## INTRODUÇÃO

O tema da publicidade enganosa e abusiva, adquire cada vez mais relevância social, relacionando-se com a lógica capitalista de compra e venda. Ou seja, progressivamente a população recebe informações de possibilidade de serviço e produtos na forma televisiva ou impressa. O trabalho se propõe a delimitar um espaço de atuação publicitária, que viabiliza uma relação harmônica com os consumidores e, caso assim não seja, identificar quais punições são cabíveis ao fornecedor com intuito de ressarcir o transtorno de um cliente ou futuro cliente.

Existe um grande risco ao se falar da publicidade enganosa e abusiva nos canais de propaganda, pelo fato de esbarrar com o princípio constitucional da proteção da liberdade de expressão. Por esse motivo, cabe ponderar em qual grau essa liberdade pode ser restringida e amenizada para dar espaço aos direitos dos consumidores e sua saúde mental e física.

Desse modo, a problemática do tema é equilibrar tais direitos e perceber quando a publicidade ultrapassa os direitos básicos de todas as parcelas da sociedade, principalmente a criança e o adolescente. Com esse grupo já considerado “subdesenvolvido”, como estabelece o ECA, merecem maior cautela no momento da transmissão da mensagem publicitária, até mesmo para não prejudicar a saúde mental em desenvolvimento do jovem e do adolescente.

Hoje, fica evidente o consumismo desenfreado das novas tecnologias que diariamente surgem, que atraem cada vez mais os jovens, sedentos pelo ganho de status social e novas experiências. Mesmo não sendo proibido a compra compulsiva, fica injusto alguns métodos utilizados para ganhar os olhares desses jovens, através, muitas vezes, de seu inconsciente. Por isso, cabe delimitar o terreno em que serão atuados determinados anúncios publicitários, impedindo o desenvolvimento precoce do vício em consumo.

O desenvolvimento do trabalho em se ampara em duas formas de pesquisa, quais sejam, a bibliográfica e a documental. No âmbito espacial, limita-se a análise ao Brasil,

e quanto ao tempo, desenvolve-se na atualidade, em razão dos efeitos da globalização e intensificação das mídias digitais sobre os consumidores que, nesse contexto, o *Youtube* se mostra como fonte de estudo em razão do seu extenso conteúdo publicitário.

Importante salientar que somente através da observação de tais propagandas é possível se concluir acerca de suas eventuais abusividades e estratégias para atrair o consumidor, tanto na ótica ilícita quanto a lícita. Entretanto, tal conteúdo não está na plataforma supracitada, visto que a *internet*, de um modo geral, apresenta ilimitadas formas publicitárias.

A metodologia utilizada foi a indutiva, em que apresenta o começo do estudo feito em dados particulares, para então desenvolver uma ideia abrangente (universal). Desse modo, o trabalho em questão desenvolve pontos menores sobre informações conceituais sobre a relação de consumo e o dano na publicidade (premissas menores) para então chegar na relação de consumo propriamente dito, em que o sujeito será responsável pela publicidade enganosa ou abusiva e quem tem o dever prático de reparar (VAZ, 2016).

## **1 A PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Previamente, como ponto de partida ao tema da relação de consumo no meio digital, importa-se estabelecer pontos básicos sobre a relação de consumo entre um fornecedor e um consumidor, podendo ambos serem das mais diversas idades. Entretanto, como se se nota, a igualdade de forças se torna longínquo ao modo que a idade do consumidor (ou consumidor em potencial) diminui. Por esse modo, antes de adentrar às desigualdades de forças, é preciso nortear princípios e ilegalidades que o tema apresenta.

Ainda mais, como já adentrado à sociedade, as formas que o fornecedor usa para conseguir a atenção desses consumidores, seja para o fim de moldar a imagem da empresa (mesmo sendo um autônomo) no mercado, seja com o objetivo de estimular

um comportamento, de compra ou uso de um serviço. Assim, como todo relacionamento entre seres de uma mesma espécie, por lógica, em algum momento, irá gerar desavenças, brigas, impases, desacordos, entre outros, cabendo a análise das estratégias de mercado e seus abusos.

## 1.1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À RELAÇÃO DE CONSUMO

O Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei N° 8.078 de 1990, aborda diversos princípios a serem seguidos, visto que uma norma (no caso lei) não é suficiente para abordar todo caso em concreto que ocorre na sociedade. Com uma abrangência maior o uma forma introdutória, tem-se o art. 4° do CDC:

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:

É trazido, na forma do artigo 4°, oito incisos que irão moldar a relação do consumidor com seus fornecedores, além de introduzir a matéria legal materializada no Código. Primeiramente, o princípio da vulnerabilidade, presente no inciso I do artigo 4°: “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. Como aponta Cláudia Lima Marques, Antônino Herman V. Benjamim e Bruno Miragem, em que a desigualdade gera a vulnerabilidade:

A desigualdade se aprecia sempre pela comparação de situações e pessoa: aos iguais, trata-se igualmente, aos desiguais, desigualmente para alcançar a justiça. Já a vulnerabilidade é filha deste princípio, mas noção flexível e não consolidada, que apresenta traços de subjetividade, que a caracterizam: a vulnerabilidade não necessita sempre de uma comparação entre situações e sujeitos (BENJAMIN, MARQUES, MIRAGEM, 2004, p. 120).

Nela se tem a vulnerabilidade técnica, fática, jurídica e informativa, como apresentada por Cláudia Lima Marques.

A doutrina interpreta vulnerabilidade técnica como a falta de conhecimento da parte que não produz o bem de consumo ou serviço, ou seja, o lado mais fraco (o



comprador). Isto porque se pressupõe que ele não possui o conhecimento técnico sobre o objeto ou serviço que está comprando, podendo ser mais facilmente enganado ou persuadido (BENJAMIN, MARQUES, MIRAGEM, 2004, p. 121).

A vulnerabilidade fática acontece quando se percebe uma diferença de força, inteligência e/ou econômica dentro da relação existente (BENJAMIN, MARQUES, MIRAGEM, 2004, p. 121).

Já vulnerabilidade jurídica, que é a presença de uma diferença de conhecimento jurídico entre as partes. Esta última, para o Direito do Consumidor, é presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física. Observa-se, por último, que a presunção advém do artigo 2º e 4º, inciso I do CDC (BENJAMIN, MARQUES, MIRAGEM, 2004, p. 121).

Por fim, a vulnerabilidade informacional trata do descumprimento do dever de informar o essencial e o útil para com o consumidor no resultado final do produto. Pode, entretanto, não ser somente a falta de informação a causa desse déficit da diferença do consumidor com o fornecedor, mas também o elevado número de informações passadas, úteis ou não, que criam uma “poluição” informacional, causando essa vulnerabilidade (MANASSÉS, 2013).

Cabe ressaltar e observar que, quando presente qualquer uma das vulnerabilidades acima discorridos, essa situação ajudará no momento da inversão do ônus da prova. Ou seja, o dever de provar a não realização do ato ilícito é do fornecedor, como previsto no art. 6º, VII (BATISTA, 2004). Entretanto, não só isso, mas também:

Não basta que o juiz, ao deparar-se com o caso concreto, simplesmente determine a inversão do ônus da prova, quando se tratar de relação de consumo. Não há aqui faculdade para o juiz, pelo contrário, há requisitos legais a serem observados, que possibilitem, ou não, aplicar-se a inversão.

(...)

Cabe observar que, antes de o juiz verificar se há elementos na relação jurídica de consumo para conceder a inversão do ônus da prova, até porque a inversão não é automática, o consumidor deve demonstrar o nexo de causalidade entre o defeito do produto/serviço, o evento danoso e o dano efetivo (BATISTA, 2004).

Pode-se extrair duas importantes observações do art. 6º, VIII: para a inversão, cabe perceber a correlação do que foi alegado com o que realmente aconteceu de fato, chamada de “verossimilhança das alegações”. Mais, não podendo confundir vulnerabilidade com “hipossuficiência”, em que esse visa somente a situação econômica do consumidor ou até do fornecedor, não podendo ser parâmetro de vulnerabilidade, que é um conceito amplo (BATISTA, 2004).

O segundo princípio, tratado no inciso II do mesmo artigo, consiste na ação governamental, em que a União tem como dever criar centros de controle administrativo para proteção do consumidor, como é o caso da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon) e Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) (BENJAMIN, MARQUES, MIRAGEM, 2004, págs. 121-122). Assim, são órgãos que se separam do judiciário, devendo atuar para a defesa do consumidor de forma administrativa, não tendo a última palavra e podendo, o consumidor, caso queira, entrar com uma ação no poder judiciário.

Posteriormente, no art. 4º, inciso III, retrata-se o princípio da ordem econômica em que é dito:

[...] a obrigatoriedade da promoção pelo Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) da defesa do consumidor. Igualmente, consciente da função limitadora desta garantia perante o regime liberal-capitalista da economia, estabeleceu o legislador constitucional a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica brasileira, a limitar a livre iniciativa e se reflexo jurídico, a autonomia de vontade (art. 170, V) (BENJAMIN, MARQUES, MIRAGEM, 2004, p. 123).

Ainda nessa linha, embarca o inciso III o princípio da boa-fé contratual, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual. No primeiro, a boa-fé contratual vem atrelada ao princípio da transparência, em que deve-se existir um bom senso entre fornecedor e consumidor a fim de minimizar seus danos em suas relações. em outras palavras, é importante criar uma “via de mão dupla” em que seja resguardado o princípio da proporcionalidade em ambos os lados. Já na boa-fé objetiva, são criados deveres especiais como é o caso dos deveres anexos, com o intuito de garantir novos deveres e deveres anexos à prestação contratual, como é o exemplo das relações pré e pós contratuais. Por último o equilíbrio contratual é definido como a proibição de normas

abusivas no contrato, o que garante vantagens unilaterais a parte mais forte, sendo portanto um desequilíbrio (BENJAMIN, MARQUES, MIRAGEM, 2004, págs. 124-125).

Mais profundamente ao princípio da boa-fé objetiva, vemos que, aplicada às relações de consumo, constitui-se de uma regra de conduta, ou seja, algo que deve ser seguido como um comportamento de lealdade entre os negociantes. Por essa razão, além da boa-fé ser uma diretriz para as relações envolvendo publicidade e propaganda (deveres de informar), ela também cria deveres anexos, pelo fato de condicionar a informação publicitárias pelo art. 36 do CDC:

A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Gera-se então os deveres de cuidado, respeito, lealdade, probidade, informar, transparência, agir honestamente e razoabilidade (TARTUCE, AMORIM, NEVES, 2014, p. 37).

## 1.2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À INFORMAÇÃO

Em outra forma de se pensar a matéria, vê-se um instrumento da Constituição Federal de 1988 que muito se difunde na sociedade, que é o Direito à Informação, presente em seu art. 5º, especificamente nos incisos IV, X e XIV e art. 220, que, por sua localidade no Livro, a torna Cláusula Pétrea.

Importa retomar o artigo 220 supracitado:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Em um primeiro momento, cabe diferenciar o conceito de publicidade do conceito de informação. A publicidade nem sempre precisa vincular uma informação, ao modo

que, exemplificando, uma propaganda, ao mostrar apenas imagens, não apresenta informações. Ao inverso disso, vinculando um texto de bula de remédio, não se vê publicidade, mas sim informação. Em síntese, a publicidade tem como objetivo maior induzir a compra, e não informar (CAVALIERI, 2010, p. 122). Entretanto, essa diferença não impede que ambas sejam formas de expressão de uma ideia, podendo aparecer juntas ou não.

O comando constitucional mostra que a publicidade não será limitado e, ainda mais, que suas exceções não se correlacionam com o *marketing* que é feito hoje no Brasil, em que não é violada a intimidade de nenhum cidadão e não existe interesse da maioria em censurar determinadas propagandas publicitárias ou à publicidade em geral. Admite-se que para todo ordenamento, sendo ele um direito fundamental ou não, seja restrito, ao passo que nenhuma ordem é de caráter absoluto. Tem-se, por isso, os diversos modos de restrição da publicidade existentes na lei e no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) como temos o exemplo do art. 253:

Anunciar peças teatrais, filmes ou quaisquer representações ou espetáculos, sem indicar os limites de idade a que não se recomendem:  
Pena - multa de três a vinte salários de referência, duplicada em caso de reincidência, aplicável, separadamente, à casa de espetáculo e aos órgãos de divulgação ou publicidade (BRASIL, 1990).

Como mostra o exemplo, tem-se o exposto acima, o tratamento com a criança e adolescente quando o assunto é propaganda. É uma questão bastante delicada pelo fato da influência que a publicidade gera no público jovem, fazendo com que o número de ações de publicidades abusivas e enganosas cresça significativamente.

Por esses olhos, cabe perceber que o Direito à Informação, tanto na Carta Magna quanto no Código de Defesa do Consumidor, protegem o consumidor, ou seja, o receptor final, também chamado de ouvinte. Para inclusão de direitos referentes à pessoa humana dentro da lei específica citada, equipara-se a consumidor todo que recebe de forma direta ou indiretamente a informação transmitida, sendo chamado de receptor final.

Vale ressaltar o exposto no Código de Defesa do Consumidor em seu art. 29, pelo importante fato das pessoas (determináveis ou não) que são expostas constantemente às práticas abusivas, recebendo equiparação legal no artigo aos

consumidores. Esse fato pois, em muitos momentos a publicidade atinge um número indeterminado de pessoas, como os internautas que assistem os vídeos (imensuráveis). Existem outros casos que são de terceiros que, apesar de determináveis, na teoria processual, não configuram polo passivo, no caso de clientes que comprem produtos alimentícios de uma loja que compra de um fabricante.

Como bem acrescenta à ideia, Camila Nicastro Garcia:

Para que haja informação é necessário processo de comunicação em que o emitente – fornecedor de produtos e serviços - transmite mensagem através de um veículo de comunicação ao destinatário, no caso o consumidor. (...)

Trataremos aqui da última espécie de informação, qual seja o direito de ser informado. O consumidor é o titular do direito à informação. Porém, não pode ser tratado como individual e concreto, pois o dever de informar é objetivamente concebido em relação à massa consumerista, visto como um grupo indeterminado de pessoas ou mesmo determináveis (GARCIA).

Quanto à informação propriamente no meio comercial, trata o art. 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, sobre a forma com que essa oferta deve ser passada para o comprador. Entretanto, é apenas uma das formas de atentar ao produto, se diferenciando do discurso de convencimento para a compra de um produto ou serviço.

Cabendo realizar um adendo de Maria Bernadete Miranda

Relacionado entre os direitos básicos do consumidor, definidos no artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor está o direito à informação, verdadeira preocupação dos elaboradores da lei, visto que os danos iminentes de uma oferta publicitária mal elaborada são de ordem irreparável para os consumidores e, algumas vezes, para o próprio fornecedor (MIRANDA, 2017).

Existe também diferença entre os discursos existentes, como por exemplo o discurso publicitário, o discurso político e o discurso religioso. Deve-se notar que existem outros tipos de discursos, não apresentados no presente projeto pelo fato deles se relacionarem mais ao contexto do trabalho e criar mais dúvidas sobre o discurso publicitário, ou seja, uma confusão entre conceitos.

De forma sucinta, cabe diferenciar tais discursos. o discurso político é aquele que tenta convencer o público de uma ideologia social, religiosa, etc. em que o foco é imagem

do partido ou intérprete, geralmente sendo representante de um grupo de indivíduos (INFOPÉDIA, 2003).

O discurso religioso, mesmo podendo ser visto dentro de um discurso político, busca interagir com a platéia podendo ter o objetivo de convencê-la ou não, sempre passando uma mensagem de um ser ou grupo de seres superiores, podendo também influenciar comportamentos sociais e adorações simbólicas. Percebe-se que não é um discurso meramente contemplativo, mas também enunciativo, como dito (LANDEIRA, 2011).

Por fim, têm-se o discurso publicitário, representado pelas palavras de Fred Tavares:

Toda a estrutura publicitária sustenta uma argumentação icônico-lingüística que leva o consumidor a convencer-se consciente ou inconscientemente. Tem a forma de diálogo, mas possui uma relação assimétrica, na qual o emissor, embora use o imperativo, transmite uma expressão alheia a si própria. O verdadeiro emissor permanece ausente do circuito da fala; o receptor, contudo, é atingido pela atenção desse emissor em relação ao objeto.

Organizada de forma diferente das demais mensagens, a publicidade impõe, nas linhas e entrelinhas, valores, mitos, ideais e outras elaborações simbólicas, utilizando os recursos próprios da língua que lhe serve de veículo, sejam eles fonéticos, léxico-semânticos ou morfossintáticos. (TAVARES, 2005)

Desse modo, existe o apelo a emoção do ouvinte, à seu grupo de valores, amizades, emoções e até preconceitos, no modo neutro (um conceito pré existente no interlocutor) e no modo negativo (racismo, estereótipo, homofobia, entre outros). Pode-se bem dizer que o discurso, como os outros entram em um plano aristotélico de persuasão pelo uso da retórica, que muito se utiliza da sociologia e do contexto social da época para moldar o padrão de consumo (TAVARES, 2005).

Por consequência, tanto o discurso religioso quanto o discurso político gozam da ampla garantia à liberdade de expressão, o que não se aplica ao discurso publicitário, que tem objetivo comercial, visto que sua abertura acarretaria prejuízos também patrimoniais, até de subsistência.

### 1.3 PUBLICIDADE E PROPAGANDA NO CDC

As definições de propaganda e publicidade diferem entre si. Dentro das regras dos contratos em geral, as quais se aplica o Código Civil, ou tratando-se de relação de consumo, a qual aplica-se o Código de Defesa do Consumidor (CDC), a definição delas está dentro do universo de *marketing*. Atualmente criou-se o conceito de *marketing*, sendo a “ação do mercado”, ou seja, como conta historicamente Dario Viegas:

As empresas aperceberam-se que não bastava escoar uma mercadoria já vendida e a preço fixo, era necessário saber, previamente, se havia mercado. Era preciso partir dessa análise das necessidades do mercado para decidir o que se ia produzir e a que preço. A conservação de clientes fiéis era diretamente proporcional à satisfação plena dos compradores. Todavia, essa satisfação plena advém dum serviço de pós venda que não existia (VIEGAS, 2015).

Para consolidar o entendimento, afirma Renato Mesquita:

mercadologia, um estudo das causas, objetivos e resultados que são gerados através das diferentes formas como nós lidamos com o mercado. Ou seja, o Marketing é uma série de estratégias, técnicas e práticas que tem o principal objetivo de agregar valor às determinadas marcas ou produtos a fim de atribuir uma maior importância das mesmas para um determinado público-alvo, os consumidores (MESQUITA, 2015).

Por assim dizer, o *marketing*, no gerúndio da língua inglesa, já ajuda ao entendimento abrangente do termo, visto que está se realizando, se movimentando e evoluindo sempre, se modificando de acordo com o que a sociedade deseja para aquele espaço de tempo. Pode ser que dura segundos a cobiça da mercadoria apresentada ou pode ser que dure décadas, mas o trabalho da influência comercial se encontra na “ação” *marketing*.

Para o entendimento completo da diferença entre publicidade e propaganda dentro do Direito Civil e Direito do Consumidor, deve-se entender primeiro quais assuntos que abrangem cada Direito e quais suas principais diferenças quando se trata de uma relação comercial. Essas diferenças se encontram, no Código Civil, entre os artigos 441 ao 446 e no Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 18 ao 26.

Historicamente a publicidade era pouco ou nada utilizada nas relações comerciais, que eram realizadas com produtos manufaturados. Porém, a partir da industrialização,

a publicidade tornou-se uma das principais armas de venda das indústrias que, devido à grande concorrência, necessitavam ganhar a atenção dos compradores em potencial. Desse modo, com a publicidade, tentava-se alcançar o maior número de compradores possíveis para o aumento do capital (CAVALIERI, 2010, págs. 120-121).

Visto isso, pelo fato de a publicidade ser um mecanismo que tem por objetivo atrair o possível comprador para adquirir o produto, pode-se então classificá-la como mecanismo pré-contratual. Assim, em outras palavras, a publicidade tenta fazer com que o indivíduo crie algum tipo de vínculo com a empresa, seja por compra de um produto ou utilização de um serviço, visto hoje atualizada essa noção dentro do Código de Defesa do Consumidor. Porém, essa forma de publicidade não é absoluta, estando sujeita às obrigações e limites trazidos tanto no Código Civil como no CDC (arts. 36 ao 38), os quais protegem o consumidor contra sua abusividade e enganação (CAVALIERI, 2010, p. 121).

Ultrapassado a definição de publicidade, pode ser estabelecido nesse momento o conceito de propaganda, que enseja divergências na doutrina. Rizzatto Nunes enquadra ambos os vocábulos como sinônimos, ressaltando que o termo “publicidade” é usado para designar atividades comerciais, e “propaganda” para uma ação “política” ou “religiosa” (NUNES, 2014, p. 107). Em uma outra visão, Sergio CAVALIERI Filho traz propaganda como algo que

visa a um fim ideológico, próprio para a propagação de princípios, ideais, teorias, como o objetivo religioso, político ou cívico. A propaganda eleitoral ou partidária é bom exemplo do correto emprego do termo propaganda. Outros exemplos são as campanhas governamentais contra acidentes de trânsito, contra a AIDS, pró-vacinação etc (CAVALIERI, 2010, p. 122).

Observa-se que existe uma similaridade entre ambos os conceitos, apesar do fato de Cavalieri distinguir publicidade de propaganda, sendo a publicidade criadora de um vínculo entre vendedor e comprador, enquanto propaganda sendo transmissora de uma mensagem ao comprador ou pessoa que irá desfrutar de uma vantagem. Por fim, deve-se ressaltar que a Constituição Federal não traz tal distinção, sendo cargo dos doutrinadores desenvolverem teses a favor ou contra a distinção entre ambos os termos (CAVALIERI, 2010, p.121).



Intriga-se, porém, o fato da constituição não fazer menção a tal diferenciação de publicidade e propaganda. É visto a palavra publicidade vinculado ao ato processual no artigo 5º, inciso LX: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” e art. 37, caput e §1º (NUNES, 2014, p.107). Nessa última apenas apresentando a palavra “publicidade” de forma genérica ao ato ilegal.

E cita propaganda no modo comercial , voltado para os empreendedores que fazem contrato com os consumidores (matéria do presente estudo), no artigo 220, § 3º, inciso II. Cita-se, os direitos à publicidade, à liberdade de expressão e a anti repressão.

A propaganda, dessa forma, apresenta uma técnica de convencimento ao consumo de uma determinada mercadoria ou serviço. Enquanto que o conceito de publicidade é mais abrangente, podendo ser tanto uma forma de convencer o público a adquirir um produto ou serviço, ou meramente torná-lo conhecido, notório ou esclarecedor, sem necessariamente com a ação de compra (BRANDÃO,

Assim, pelo acima exposto, no marketing, o ato publicitário entra como forma de passar uma informação necessária para conhecimento de um ser. E, mais além, a propaganda se introduz como forma de transmitir uma mensagem informacional mais específica, sendo utilizada por empresas para conhecimento de um objeto ou serviço, podendo ser até a própria empresa.

#### 1.4 PUBLICIDADE ENGANOSA E PUBLICIDADE ABUSIVA

Como conhecido, a propagando caracteriza a vontade de uma empresa ou pessoa que propõe realizar um processo de *marketing*, podendo ser de uma informação ou um objeto que deseja tornar público. Não teria, por esse motivo, nenhuma intenção de convencer ou persuadir outrem a comprar um determinado produto ou serviço. Em *contrario senso*, a publicidade pende-se mais ao convencimento da parte contrária para o consumo de algum produto ou serviço, mesmo que a empresa não tenha por objetivo atingir diretamente aquele público alvo.

Na modernidade, pela elevação da tecnologia e pelo processo de “aproximação” das fronteiras entre as regiões do globo, a publicidade atinge proporções inimagináveis. Mais especificamente, uma mensagem transmitida em um canal de *internet* não pode ser mensurado quanto ao seu público e, muito menos quanto ao seu conteúdo, visto que a plataforma possibilita a impessoalidade e agilidade de postagem. Tem-se que perceber que ao momento que é posto um conteúdo, todos, e literalmente, todos poderão ter acesso, não importando país, cor, raça, origem étnica e, mais grave ainda, a idade.

São muitos os danos que as tecnologias atuais trouxeram para a vida da sociedade, principalmente do jovem, entretanto, cabe diferenciar dois tipos de ilegalidades ao possível consumidor e ao consumidor em si: a publicidade enganosa e a publicidade abusiva.

Como inaugura o conceito de publicidade enganosa e abusiva, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território (TJDFT) esclarece:

A propaganda enganosa é aquela capaz de levar o consumidor a erro, prometendo algo que na realidade não vai ocorrer. Por exemplo, apresenta um produto com características ou qualidades que na verdade não tem...  
A propaganda abusiva é aquela que tem algum tipo de discriminação, incitação a violência, explora o medo ou superstição, se aproveita da condição de criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de levar o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à própria saúde ou segurança.

As publicidades enganosa e abusiva são traduzidas de forma perceptível nos incisos I ao XIII do Código de Defesa do Consumidor, em que o rol não é taxativo. No artigo 37 do mesmo Código, o legislador demonstra tal diferença mais claramente, apresentando em seu §1º trata da publicidade enganosa, e em seu § 2º trata da abusiva.

Conforme o parágrafo primeiro, por ser uma explicação relativamente ampla, deve-se especificar o que seria induzir o consumidor a erro. Seria então o erro um juízo falso e incorreto que é feito sobre alguma coisa, levando o consumidor a ter uma representação errada do produto quanto a sua qualidade, quantidade, uso, preço, entre outros (CAVALIERI, 2010, p. 125).

Como exemplo, pode-se citar a condenação da empresa Coca-Cola a pagar em torno de 1,1 milhão de reais de indenização pois em sua propagando, ao citar o produto Laranja Caseira, remeteu-se a ele como suco, e não néctar, o que mudaria a interpretação do consumidor com o que está sendo consumido, tendo o néctar e suco características diferentes (PEDUZZI, 2013).

Cabe observar que o próprio CDC traz também o crime de praticar tal ato abusivo ou enganosa em seu art. 67, com pena variando de 3 meses a um ano e multa

Pode-se concluir assim, através do exposto, que ambas as publicidades se tornam atos ofensivos e ilegais contra a sociedade somente por existirem, não necessitando possuir uma vítima direta lesionada pelo ofensividade ou um reclamante. Em outras palavras, uma ação contra a empresa não é necessária para a análise da abusividade publicitária na propaganda.

## **2 A PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA NO YOUTUBE**

### **2.1 YOUTUBE E A PUBLICIDADE INFANTIL**

O *Youtube*, criado em 2005 por Chad Hurley e Steve Chen, dois americanos de São Francisco, é um *website* com o propósito de compartilhar conteúdos que o internauta deseja, com limites estabelecidos pelo próprio *site*, como o nome já diz (traduzido como “você na televisão”). Ganhando sucesso em 2006, eleito como melhor invenção do ano pela revista americana *Time*. Permite, essa plataforma que os usuários possam colocar (*postar*) seus próprios vídeos no site com mínima restrição de conteúdo e que estes sejam vistos por qualquer um ao redor do mundo (DANTAS).

Como testemunho da necessidade da informática, que é o gênero que comporta a espécie *internet*, tem-se Maria Cristina Oliveira:

A humanidade se encontra numa nova era, onde estamos perdendo a importância do trabalho físico que exigia-se na revolução industrial e, ao

mesmo tempo, está tornando-se mais valorizado o trabalho mental presente nesta nova revolução da informática (...)  
Uma vez que as tecnologias e seus recursos são o motor que impulsiona a sociedade da informação atual, é essencial que as pessoas saibam as aplicações possíveis destes instrumentos (...) (OLIVEIRA, 2014, P. 17)

Por assim dizer, apesar da aplicação acima ser instrumento de trabalho para o empregado e empregador moderno, pode-se perceber que a informática chegou na vida, cultura e dia a dia do indivíduo como algo necessário para sobrevivência, o que antigamente não era imaginado. Entretanto, o uso começou desenfreado, com possibilidade e liberdade de qualquer um acessar tais aparelhos, aumentando cada vez mais o uso com o barateamento de *smartphones*, *tablets* e computadores, todos capazes de reproduzir redes sociais e sites como o *Youtube*, analisado no presente artigo.

Dessa forma, visível no contexto social das crianças e adolescentes hoje, a facilidade em acessar a *internet* e “navegar” cada vez mais rápido por ela. Ou seja, adquirir um aparelho que proporcione esse “*surf* virtual” fica cada vez mais barato e cada vez mais atrativo, visto que da classe A à classe E, os parcelamentos, as promoções e as garantias de crédito estão abrindo portas para o consumismo de utensílios considerados, por muitos, viciantes.

Não se pode pensar em *internet* somente para o ensino, lazer e comunicação. É preciso notar as formas de comércio presente dentro desse meio de comunicação e informação. Como mostra o *site* sobre dicas de negócios, o significado de publicidade na *internet* por Vinícius Gonçalves:

Publicidade na Internet ou publicidade online nada mais é que a divulgação de seu produto, serviço, marca ou ideia pela Internet. Ela pode ser feita em redes sociais, sites e e-mails.

Hoje em dia não se pode ignorar esta forma de comunicação, pois este meio é o mais usado para a informação de jovens e adultos, muito mais que jornais e revistas.

O brasileiro já se adaptou à internet e não vive mais sem ela, por isso, estar fora dela, pode ser uma decisão errada para a sua marca (GONÇALVES).

O que não pode faltar é o público, indispensável para o crescimento da publicidade na *internet*, e principalmente no *site* Youtube, pelo simples fato da plataforma de vídeo funcionar a base de sua audiência. Em outras palavras, o *site* é construído para a

própria audiência poder publicar seu conteúdo, sendo, por esse motivo, os internautas, necessários para a sobrevivência do *Youtube*.

Para o crescimento da publicidade na *internet* crescer de forma exponencial, por óbvio, são necessários os receptores de tal informação. Como mostrado acima, o site *Youtube* necessita ainda mais desse público, por serem eles os receptores que criam o conteúdo assistido. Conseqüentemente, inúmeras as oportunidades que as empresas aproveitam para transmitirem seus anúncios, utilizando-se de diversas técnicas, como aponta a psicóloga Lais Fontenelle:

Temos também acompanhado, nesses tempos de consumo e conectividade, o crescimento dos *Youtubers mirins* vendendo produtos. Trata-se de pequenas celebridades que detêm canais no Youtube e perfis em diferentes redes sociais, em geral Instagram, e que chegam a mais de 240 mil assinantes ou seguidores e impressionantes 91.974.702 visualizações de seus vídeos. Essas crianças recebem presentes e são cooptadas pelas marcas para trabalhar para elas, de forma velada, vendendo produtos em seus canais e criando fidelidade e adesão entre seus pares (FONTENELLE)

As estratégias são diversas, mas o público acessa os produtos contidos dentro do conteúdo do *site* pelo fato do poder de convencimento que a criança e o adolescente tem sobre seus responsáveis. A necessidade de agradar seus filhos torna o consumo absurdamente maior, com uma grande circulação de produtos. Mas, questiona-se de que modo estão sendo obtidos tais produtos, a maneira de incentivo e a linguagem transmitida.

Cabe observar que a mudança de comportamentos social de migração da antiga televisão para a *internet* existe, apesar de ser um início de uma pequena faísca para uma análise abrangente sociológica, mas importa ressaltar, pois é uma tendência que não pode ser ignorada para a publicidade na *internet*. Como concorda Sérgio Matsuura:

De acordo com o estudo, a migração da TV para o modelo multiplataforma ainda é incipiente: 5% dos internautas dizem assistir a programas televisivos pela grande rede. Contudo, diz Juliana, o lançamento de produtos com esse fim já é um sinal de maturidade do setor. Outras mídias já haviam enxergado a possibilidade, ou até mesmo necessidade, de migração para outras plataformas (MATSUURA, 2015).

Por assim citado, a publicidade que ocorre na internet se depara com um público relativamente crescente, devendo também, igualmente comparado a televisão, receber a atenção da fiscalização publicitária. Principalmente isso, pois, um dos públicos alvo são crianças e jovens, tidos como incapazes para o Direito.

Nessa necessidade do uso virtual, a sociedade se aprisiona em um cárcere mais perigoso que as prisões federais, em que o que está sofrendo não é mais o físico, mas sim a mente. As influências e a manipulação do psicológico se tornam fato gerador do consumismo desenfreado, atingindo classes com dinheiro e sem dinheiro, idades avançadas e principalmente, sem sombra de dúvidas, as classes mais jovens, como crianças e adolescentes.

## 2.2 DO ENGANO E DO ABUSO

Como o *Youtube* representa uma “mar de conteúdos”, acaba atraindo o internauta pelos tipos de conteúdos que mais interessam a sua pessoa. Em outras palavras, a personalidade, ou seja, a escolha de conteúdos, torna a liberdade do usuário mais atrativa. No âmbito do *Youtube*, a história não é diferente, com o *interface* entre personagem virtual e o personagem real. Os *realitys shows* e a intromissão na intimidade da pessoa virtual, através dos vídeos e *blogs*, instiga a curiosidade humana, tornando, desse modo, atrativo para o *marketing* e o mercado nacional e internacional realizar sua publicidade (BARTH, FEIX, OLIVEIRA, p. 113, 2006).

Como presente no Capítulo 1.3 do presente artigo, a publicidade enganosa e abusiva tornam-se delitos a partir do enquadramento legal do Art. 37, §§ 1º e 2º do Código de Defesa do Consumidor. Além disso, pode-se citar a publicidade clandestina, como também um tipo de publicidade ilícita quem segundo o site Proteste: “segundo o Código de Defesa do Consumidor, a publicidade deve ser **veiculada de modo que as pessoas a identifiquem, fácil e imediatamente, como tal**. Caso contrário, ela é tida como clandestina (grifo deles)” (PROTESTE, 2014).

No *site* do *Youtube* são oferecidas diversas formas de realizar anúncios publicitários, entre eles existem os anúncios fora dos vídeos (ao seu redor) e os anúncios dentro dos vídeos, antes deles iniciarem. O investimento cobrado pela plataforma é de no mínimo R\$ 20,00, possibilitando o pagamento desse valor (ou maior) dependendo do número de visualizações que o vídeo em que está vinculado recebe. O tempo dos anúncios que se encontram ligados ao vídeo é de 6 segundos obrigatórios, possibilitando o internauta “pular” o anúncio após esse período. Caso não utilize essa opção, o visualizador do vídeo verá o anúncio no tempo de 60 segundos (YOUTUBE)

Como anunciado no mesmo site pelo *Youtube*:

Alcance as pessoas quando elas estiverem na página inicial do YouTube ou pesquisando tópicos específicos. Se preferir, exiba seu anúncio antes do vídeo que os clientes estão assistindo, como um comercial de TV (YOUTUBE).

Após considerações sobre a forma de chamar a atenção dos publicitários para o *marketing* virtual do *Youtube*, algumas situações não excepcionais necessárias para mostrar exatamente a publicidade como forma abusiva na realidade dos *Youtubers* e os visitantes de seus canais. Primeiramente, estão destacados de forma clara os *Youtubers mirins*, os quais são recorrentemente criticados pelos defensores dos Consumidores e pela ONG Alana.

Como mostra a reportagem do G1: “empresas são denunciadas por publicidade infantil no YouTube: ONG acusa fabricantes de brinquedos e material escolar de enviar produtos para os youtubers mirins; empresas negam”. Nesse caso concreto, os *Youtubers mirins* filmam o recebimento de “presentes” recebidos por empresas, mostrando e falando claramente a marca e até agradecendo seu envio. Como por exemplo: agendas, mochilas, brinquedos, sapatos, roupas, *fast foodies*, dentre outros (BARBARA, 2016).

O fenômeno chamado “Unboxing”, traduzido literalmente como “abrindo caixas”, ganha forças pelo fato que, de acordo com Mariana Della Barba, citando Ekaterine Karageorgiadis:

Para Ekaterine Karageorgiadis, advogada do Alana, é muito lucrativo para as empresas terem suas marcas expostas nos canais do YouTube dessas crianças, por conta da enorme visibilidade que têm. "E eles marcam presença justamente enviando produtos para os youtubers mirins mostrarem para outras crianças", afirma (...) Um dos agravantes é se tratar de uma criança mostrando ou brincando com aquele produto - as crianças que assistem se identificam com a criança que apresenta, segundo elas, tornando o convencimento ainda mais fácil (BARBA, 2016).

Comparando com as propagandas televisivas, Marina Della Barba afirma:

Elas também apontam como grave o fato de que, na TV, você assiste a um desenho e, no intervalo, você vê 30 segundos de propaganda daquele personagem, enquanto no Youtube, são 10 minutos direto sobre o produto. A advogada do Alana também rebate quem defende que são os pais que têm que dizer não aos pedidos dos filhos.

"Não concordo quando se diz que é responsabilidade só do pai ou da mãe em dizer 'não' para os filhos que pedem os produtos que eles viram na TV ou na internet. Os pais são apenas um dos atores na criação das crianças. A sociedade como um todo precisa proteger a criança dos impactos desse consumismo desenfreado na infância." (BARBA, 2016)

E, por sequência, ainda sobre os canais televisivos e a *internet*, afirma Claudia Almeida, advogada do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec):

(...) não se deve fazer diferenciações entre os meios em que a propaganda é veiculada.

"Se publicidade para criança não pode na TV, porque poderia na internet?", diz. "Para o Idec, está claro que essa prática de enviar produtos para os youtubers mirins é totalmente abusiva, porque usa uma criança para vender algo para outra criança. Para nós, não existe legalidade em publicidade direcionada ao público infantil." (INDEC)

Nesse sentido, fica ilógico a publicidade infantil em um canal "mirim", visto que o público alvo é necessariamente formado por crianças e jovens. Mais além, pelo fato dos produtos serem de uso infantil, como os brinquedos e roupas. O art. 5º do Marco Civil da primeira Infância e o art. 37, §2º do CDC são exemplos da ilegalidade da publicidade abusiva, principalmente no meio infantil (ALMEIDA, 2016).

Ainda sobre o assunto da "abertura de caixas",

Há um ano, a professora Luciana Corrêa, da ESPM Media Lab, vem mapeando o alcance de canais brasileiros do YouTube destinados aos jovens. O sucesso impressiona: dos 100 canais de maior audiência no YouTube, 36 deles abordam conteúdo direcionado ou consumido por crianças de 0 a 12 anos. Em sua pesquisa, Luciana identificou mais canais do gênero, chegou a um montante de 160. Alguns exemplos de canais de sucesso nas suas categorias são "Galinha Pintadinha" (musical, não



disponível na TV); "rezendeevil" e "VenomExtreme" (sobre games e "Minecraft", um jogo de montar mundos); "TototoyKids" e "Brinquedos & Surpresas" (propaganda de brinquedos e "unboxing"); "Bel para Meninas" (youtuber mirim); "Chiquititas SBT" (novela da TV); "5incominutos" (da youtuber teen Kéfera Buchmann); e "Manual do Mundo" (educativo, parceiro do UOL) (PADRÃO, 2016).

Assim sendo, a publicidade no *Youtube* tornam o público infantil igual ou mais vulnerável que a publicidade televisiva. Como já mencionado, a abertura e o não censura quanto a idade para visualização dos vídeos do Youtube dificultam a monitoração dos pais ou responsáveis sobre o conteúdo (PADRÃO, 2016).

Pode-se dizer, nesse contexto que, mesmo não havendo contrato entre a empresa e o divulgador, ainda sim será uma afronta aos direitos do consumidor ao passo que o público alvo é de menores de 12 anos, incapazes pela ótica do direito.

### **3 RESPONSABILIDADE CIVIL**

#### **3.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

A responsabilidade civil, em uma primeira visão, emana do estado, que, através do seu poder de julgar, determinar e traduz a relação entre fornecedor e consumidor. Por esse motivo, é normatizado pelo legislador as normas que poderão acarretar tal responsabilidade civil tanto para o fornecedor, quanto para o consumidor, considerado no código, parte mais fraca da relação. O art. 4º do Código de Defesa do Consumidor estabelece esse dever do estado em parametrizar os princípios que devem ser seguidor para a relação de consumo não se tornar abusivo ou enganosa, seguida do art. 5º do mesmo Código que exemplifica tais ações estatais (MELLO, p. 22-23, 1998).

Nesse sentido, Sônia Maria Vieira de Mello conclui, ainda sobre o tema das ações públicas no CDC:

(...) e dentro da Política Nacional das Relações de Consumo no Brasil, nós diríamos que, para o maior sucesso desta Política, pela luta da dignidade do consumidor enquanto cidadão, só há um meio de garantir efetivamente o alcance dos fins almejados, a saber, a educação, através da informação e

conscientização da pessoa do consumidor, enquanto indivíduo e enquanto coletividade (MELLO, p. 24, 1998).

O Estado, como órgão público que deve cumprir a Constituição Federal, toma responsabilidade de prevenir e punir abusos na questão da segurança e saúde do consumidor, como alude o art. 5º, *caput* da CF. Mais especificamente, no art. 8º do CDC, a caracterização do produto e como ele deve ser apresentado pode acarretar uma responsabilidade civil do fornecedor (MELLO, p. 43, 1998).

Não basta somente como o produto é aparentemente mostrado ao consumidor, pelo fato de, grande parte das vezes, a pessoa tomar ciência do produto antes mesmo de vê-lo pessoalmente, ou seja, conhecer o produto através de comerciais, propagandas, vídeos, revistas, jornais, entre outros, como estudado no presente trabalho. Por esse motivo, muito saliente notar a forma com que é transmitido a informação do fornecedor para o consumidor, como acrescenta Sônia Maria Vieira de Mello: “assim, o fornecedor deverá informar do modo ostensivo e adequado, o que se entende que a informação deverá ser em destaque, clara e objetiva o suficiente para que o consumidor perceba-a e tome conhecimento dela” (p. 44).

Em sequência, cabe observar que não pode-se considerar sempre o fornecedor como a pessoa que irá transmitir a informação do produto ao consumidor. Como presente no teor do trabalho, nas publicidade realizadas no Youtube, muitas vezes acontece do *Youtuber* realizar a propaganda, tornando-se também responsável pela enganiosidade ou abusividade do produto que transmite para os visualizadores.

Como presente no art. 12 do CDC, tem-se três tipos de fornecedores: real ou imediato, que produz ou fabrica o produto; fornecedor aparente ou quase fornecedor, que possui o nome da marca do objeto; e o fornecedor presumido, que realiza a ponte entre o fornecedor e o consumidor, ou seja, o distribuidor (MELLO, p. 46, 1998).

Cabe perceber que, no caso da publicidade no Youtube, dentro dos vídeos, a publicidade pode ser realizada por qualquer um dos grupos, visto que acontece todos os casos mencionados, com o personagem do vídeo fazendo *marketing* pessoal (fornecedor real ou aparente) e o que recebe para realizar tal ato publicitário (fornecedor presumido).

Em primeiro momento, considera-se importante diferenciar os diversos papéis que uma relação de consumo apresenta quando submetido a uma relação pré-contratual, contratual ou extracontratual. São elas o consumidor (adquirente), o fornecedor e o objeto (bem de consumo/insumo).

No caso do consumidor, a corrente majoritária da doutrina do direito interpreta a Teoria Finalista, ou seja, a teoria que menciona como adquirente o sujeito que adquire o bem como destinatário final do objeto, traduzido na parte final do art. 2º do CDC: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (MARQUES, BENJAMIN, MIRAGEM, 2004, págs. 71-72).

O fornecedor, por outro lado, é tratado na corrente majoritária da doutrina como não somente aquele que fornece um produto ou serviço, mas sim aquele que possui experiência técnica em sua prática e o forneça com habitualidade. É tomado base esse entendimento pelo artigo 3º do CDC (MARQUES, BENJAMIN, MIRAGEM, 2004, p. 93):

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 Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 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.

Revela-se, com isso, o conceito de produto (bem de consumo/insumo). Enquanto o insumo é considerado toda e qualquer matéria prima que se transformará e um produto final, o bem de consumo já é um produto final utilizado pelo destinatário final (MARQUES, BENJAMIN, MIRAGEM, 2004, p. 98)

Aparecem, na publicidade enganosa dois tipos de afronta ao direito do consumidor: comissivas e omissivas. Enquanto no primeiro caso, o fornecedor do produto mostra algo que concretamente não é realidade, no segundo o ato publicitário deixa de apresentar um fator importante para informação do consumidor, como um risco em potencial ou contraindicações (CAVALIERI, 2010, p. 126).

Nessa relação anterior ao contrato, tanto o Código Civil como o Código de Defesa do Consumidor falam sobre o dever de reparação. No CC, é apresentado pelos artigos 927 e 931. Em que o art. 927 trata da reparação do dano pelo réu, mesmo de forma culposa para com o autor ou terceiros. Já o art. 931 especifica os casos de culpa do fornecedor (empresário) pelos produtos que colocam no mercado, adentrando também a publicidade sobre eles.

Fica evidente, pelo acima transposto, que o causador do dano será responsabilizado independente da culpa, ou seja, não importa se o autor agiu com intenção de prejudicar ou não o consumidor, este sempre será investigado. Entra nesse contexto a teoria do risco, em que o professor José Fernando Simão afirma:

Já o novo Código Civil, em seu artigo 927, parágrafo único, preceitua que haverá a obrigação de indenizar, independentemente de culpa, nos casos previstos em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Assim, o novo diploma afasta a teoria da culpa e expressamente adota a Teoria do Risco, chamada de objetiva, segundo a qual aquele que em virtude de sua atividade cria um risco de danos a terceiro, fica obrigado a reparar, sendo irrelevante que a ação do agente denote imprudência ou negligência (SIMÃO, 2016).

A teoria do risco, nos casos da publicidade e relações de consumo entre empresa e sociedade, pressupõe que a empresa, ao escolher a publicidade e ao criar uma situação de venda, arca, por isso, com o risco que esse tipo de atividade pode trazer. Caso gere dano, o ônus da prova (art. 6º, VIII) cabe a inversão do dever de provas, sendo ela da empresa, que deve provar que sua conduta não causou lesão. Fica explícito esse dever no artigo 38 do CDC.

Nesse sentido, fala-se no código da parte mais fraca da relação, que nos contratos publicitárias são os consumidores, e no caso das relações pré-contratuais, os consumidores em potencial. Como defensor dessa parte mais fraca, o Estado, age no sentido de suprir essa desvantagem entre consumidor e fornecedor, como visto na lei nº 12.529 e no artigo 4º, inciso II do CDC, caso fique evidente um ataque à sociedade ou diretamente ao indivíduo. Exemplifica-se com uma propaganda veiculada em meios midiáticos que aparecem cenas impróprias para menores, sem o devido aviso prévio de conteúdo impróprio para pessoas menores de 18 anos (SIMÃO, 2016).

## 4 A PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA NA EXPERIÊNCIA EXTRAJUDICIAL BRASILEIRA

São diversas as formas criadas e atualizadas de proteção ao consumidor, dentro e até fora do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal. Entre eles, pode-se destacar a atuação do Procon, Delegacias do Consumidor e o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR).

O Procon é um órgão do poder executivo que tem por objetivo fiscalizar e supervisionar as relações de consumo existentes no âmbito estadual e municipal, se diferenciando dos DCCPs pelo fato gerador não ser um crime. Quando ocorre uma denúncia, o órgão tem sempre por objetivo levar as partes a realizarem um acordo, aplicando sanções quando necessários, geralmente sendo de caráter educacional. Entretanto, quando não possível o acordo, será a reclamação encaminhada para os Juizados Especiais, órgão do poder judiciário para impetração de processo judicial.

A Delegacia de Defesa do Consumidor (DCCP), também chamado de DECON é uma instituição de investigação e punição de crimes contra o consumidor. Entretanto, ainda não muito conhecida pela sociedade, que utilizam mais do recurso do Procon e dos juizados especiais, pois, como defende Eliandro Rodrigues:

Isso não tem a ver com a credibilidade do órgão, mas com a natureza das irregularidades apresentadas e a competência de atuação da Decon. “Às vezes, o problema constitui uma infração administrativa, mas não um crime. Além disso, muitos consumidores preferem procurar somente o Procon ou a Justiça porque querem que o seu problema seja resolvido ou receber indenização por danos morais, e não necessariamente que haja uma investigação policial num sentido macro”, explica a delegada titular da Decon, Suzana Orlandi (RODRIGUES, 2016)

Pega-se como exemplo a venda de cigarros falsificados e contrabandos que sua composição seja nocivo para o consumidor. Cabe perceber que além do produto ser nocivo para o consumidor, também é um produto proibido no país (DCCP, 2018).

O CONAR tem a importante função de receber e atender denúncias dos consumidores ou, de ofício, instaurar diligência para apurar propagandas suspeitas. Após realizada a denúncia, o Conselho de Ética do Conar irá julgar e deliberar sobre a matéria,

sempre tendo em vista o CDC e a CF. Após a contestação (direito de defesa), se a denúncia proceder, o Conar recomenda a suspensão da exibição da propaganda ou, em menores proporções, sua correção, somando ou não uma advertência (CONAR).

Importa-se transcrever literalmente os princípios trazidos pelo *site* do CONAR:

Os preceitos básicos que definem a ética publicitária são:

- todo anúncio deve ser honesto e verdadeiro e respeitar as leis do país,
- deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar diferenciações sociais,
- deve ter presente a responsabilidade da cadeia de produção junto ao consumidor,
- deve respeitar o princípio da leal concorrência e
- deve respeitar a atividade publicitária e não desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta (CONAR).

Como explica em 1998, mas ainda atual, Sônia Maria Vieira de Mello:

Há de se tocar também na questão da falta de informação e cultura geral de nossa população, que formando um bolsão de consumidores hipossuficientes, são facilmente lesionados por fornecedores fraudulentos eivados de má fé (MELLO, p. 147, 1998)

Mesmo hoje, com a tecnologia da informação rápida e acessível e por causa dela, a disseminação de propagandas na *internet* torna-se recorrente, devendo possuir um órgão protetor ativo que possa receber denúncias e aplicar as punições devidas ao abuso comercial propagandístico. Acima de tudo, a gratuidade desse amparo jurídico para com o consumidor, diferentemente das custosas ações judiciais, são necessárias para situações posteriores e preventivos ao dano.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A globalização, apesar de pertinente para a telecomunicação e, agora, a “ciberconexão”, criou uma dependência do conectado com a tela do celular e do computador. Ou seja, vulgarmente chamado de vício, esse vínculo entre o usuário e o vasto conteúdo

Essa publicidade, diante do exposto, quando feita de má fé, pode ser tanto enganosa, pelo fato de passar uma informação falsa, ou abusiva quando transmitir um assunto que possa induzir o receptor a cometer práticas prejudiciais a ele. Com esses precedentes, então, será formada a responsabilidade civil.

Entretanto, não se pode enxergar a publicidade como ataque aos consumidores, pois deve ser considerado o direito de liberdade de expressão/informação, bem como a publicidade como fonte de lucros. Visto que, em outras palavras, o sistema capitalista implementado após a 3ª Revolução Industrial é marcado pela propaganda e imagem do produto e da empresa, que aparecem devido à grande concorrência e elevados mercados de consumo.

Embora o direito de expressão, não se pode ignorar a responsabilidade que cada ser humano deve ao espaço do outro, tanto físico, com os avisos de seguranças, quanto psicológico, com publicidades que não impulsionam a pessoa a consumir desenfreadamente. O direito de escolha, como criado em um Código próprio, o CDC, deve respeitar regras objetivas e subjetivas para a proteção do consumidor que, em regra, não possui conhecimento técnico do produto ou serviço, precisando, desse modo, das informações difundidas

A *internet*, na atualidade, é um poço de atividades das mais diversas categorias. Por esse motivo, foi naturalmente escolhida pelo mercado de produtos e serviços para divulgação, sem contar as publicidades informacionais para melhorar a imagem da empresa. Ou seja, propagandas implícitas e explícitas com o objetivo principal de influenciar a compra direta do produto pelo consumidor em potencial.

Assim, o presente trabalho é mais uma contribuição ao tema da publicidade enganosa e abusiva no tocante às regras legislativas presentes no Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, no tocante às crianças e jovens no meio da *internet*, mais especificamente no *site Youtube*. Circunscreve assim um conjunto de teorias propícias para a análise de direitos, punições, danos e explicações do tema.

## REFERÊNCIAS

BARBA, Mariana Della. **Empresas são denunciadas por publicidade infantil no YouTube**. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2016/06/empresas-sao-denunciadas-por-publicidade-infantil-no-youtube.html>>. Acesso em 25 set. 2018.

BARTH, Vanessa. OLIVEIRA, Mirian. FEIX, Ricardo. **Fatores de atratividade nos web sites: a realidade dos hotéis de Florianópolis, SC**. 2006. Disponível em: <[revistas.unisinos.br/index.php/base/article/view/5962/3141](http://revistas.unisinos.br/index.php/base/article/view/5962/3141)>. Acesso em 27 set. 2018.

BATISTA, Germano de Sordi. **A vulnerabilidade do consumidor e a inversão do ônus da prova no CDC**. 2004. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4787,41046-A+vulnerabilidade+do+consumidor+e+a+inversao+do+onus+da+prova+no+CDC>>. Acesso em 27 out. 2018.

BRANDÃO, Eduardo. **Definições de marketing, propaganda, publicidade, anúncio e banner**. Disponível em: <[https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/9116/9116\\_4.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/9116/9116_4.PDF)>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 09 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L8078.htm](https://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em 11 out. 2016.

CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas S.A, 2010. Acesso em 04 nov. 2016.

CONAR. **Contra a censura na publicidade**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 02 nov 2018.

DANTAS, Tiago. **Youtube; Brasil Escola**. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/informatica/youtube.htm>>. Acesso em 19 de agosto de 2018.

DCCP. **Delegacia de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.agricultura.gov.br/assuntos/camaras-setoriais-tematicas/documentos/camaras-setoriais/tabaco/anos-anteriores/delegacia-de-defesa-do-consumidor-44.pdf>>. Acesso em 03 nov 2018.

DIREITOS BRASIL. **PROCON: Como funciona?**. Disponível em: <<https://direitosbrasil.com/procon-como-funciona/>>. Acesso em 04 nov 2018.



FONTENELLE, Lais. **A onipresente publicidade infantil na internet**. Disponível em: <<http://rebrinc.com.br/biblioteca/artigos/a-onipresente-publicidade-infantil-na-internet/>>. Acesso em 23 set. 2018.

GARCIA, Camila Nicastro. **Publicidade e o direito à informação no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2268](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2268)>. Acesso em 18 out. 2018.

GONÇALVES, Vinícius. **Que É Publicidade Na Internet: Aprenda Com Facilidade Aqui!**. Disponível em: <<https://novonegocio.com.br/publicidade/o-que-e-publicidade-na-internet/>>. Acesso em 20 set. 2018.

INFOPÉDIA. **Discurso político**. Disponível em: <[https://www.infopedia.pt/\\$discurso-politico](https://www.infopedia.pt/$discurso-politico)>. Acesso em 19 out. 2018.

LANDEIRA, José Luís. **O discurso religioso nas aulas de LCT**. 2011 Disponível em: <<http://landeira-educablog.blogspot.com/2011/10/o-discurso-religioso-nas-aulas-de-lct.html>>. Acesso em 19 out. 2018.

MANASSÉS, Diogo Rodrigues. **Vulnerabilidade, hipossuficiência, conceito de consumidor e inversão do ônus da prova: notas para uma diferenciação**. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,vulnerabilidade-hipossuficiencia-conceito-de-consumidor-e-inversao-do-onus-da-prova-notas-para-uma-diferenciacao,43983.html>>. Acesso em 27 out. 2018.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Acesso em 04 nov. 2016.

MATSUURA, Sérgio. **Migração de TVs para internet é tendência**. 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/migracao-de-tvs-para-internet-tendencia-diz-especialista-18273434>>. Acesso em 26 out. 2018.

MELLO, Sônia Maria Vieira de. **O Direito do Consumidor na Era da Globalização: a Descoberta da Cidadania**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. Acesso em 02 nov. 2018.

MESQUITA, Renato. **O que é Marketing: tudo que você precisa saber sobre o assunto**. 2015. Disponível em: <<http://marketingdeconteudo.com/o-que-e-marketing/>>. Acesso em 3 nov. 2016.

MIRANDA, Maria Bernadete. **A publicidade e a oferta no Código de defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/publicidade-e-oferta-no-codigo-de-defesa-do-consumidor/>>. Acesso em 20 out. 2018.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2014. Acesso em 05 nov. 2016.

PADRÃO, Márcio. **Publicidade abusiva para crianças está em canais populares do YouTube**. 2016. Disponível em:

<<https://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2016/03/24/youtubers-e-anuncios-online-reacendem-debate-da-publicidade-para-criancas.htm>>. Acesso em 25 set. 2018.

RODRIGUES, Eliandro. **Você sabia que existe uma Delegacia do Consumidor?**. 2016. Disponível em: <<https://eliandroegr.jusbrasil.com.br/noticias/392122174/voce-sabia-que-existe-uma-delegacia-do-consumidor>>. Acesso em 3 nov, 2018.

PROTESTE. **Conheças os tipos de publicidade ilícita**. 2014. Disponível em: <<https://www.proteste.org.br/seus-direitos/direito-do-consumidor/noticia/conhecamos-tipos-de-publicidade-ilicita>>. Acesso em 21 set. 2018.

SIMÃO, José Fernando. **A Teoria do Risco no Novo Código Civil**. 2016. Disponível em: <[http://professorsimao.com.br/artigos\\_simao\\_a\\_teorias\\_do\\_risco.htm](http://professorsimao.com.br/artigos_simao_a_teorias_do_risco.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2016.

TAVARES, Fred. **O discurso publicitário: uma análise crítica**. Disponível em: <[http://www.fredtavares.com.br/discurso\\_publicitario.htm](http://www.fredtavares.com.br/discurso_publicitario.htm)>. Acesso em 16 out. 2018.

TJDFT. **Propaganda Enganosa ou Abusiva**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/educacao-semanal/propaganda-enganosa-ou-abusiva>>. Acesso em 28 de out. 2018.

VAZ, Michelle. **Diferença entre o método dedutivo e indutivo** – Francis Bacon. Disponível em: <<http://www.psicologiamsn.com/2016/03/diferenca-entre-o-metodo-dedutivo-e-indutivo-francis-bacon.html>>. Acesso em 07 nov. 2016.

VIEGAS, Dário. **Marketing – Princípios e fundamentos**. Disponível em: <[https://formacaodmmv.files.wordpress.com/2015/01/manual-de-apoio\\_mkt.pdf](https://formacaodmmv.files.wordpress.com/2015/01/manual-de-apoio_mkt.pdf)>. Acesso em 28 out. 2018.

YOUTUBE. **Defina um orçamento adequado para a sua empresa**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/intl/pt-BR/yt/advertise/pricing/>>. Acesso em 28 set. 2018.

YOUTUBE. **Escolha anúncios em vídeo de maior ou menor duração**. Disponível em: <[https://www.youtube.com/intl/pt-BR\\_ALL/yt/advertise/running-a-video-ad/#review](https://www.youtube.com/intl/pt-BR_ALL/yt/advertise/running-a-video-ad/#review)>. Acesso em 28 set. 2018.