

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS POR
PUBLICIDADES ILÍCITAS DIRIGIDAS (OU SEM RESTRIÇÃO DE ACESSO) AO
PÚBLICO INFANTIL**

NATALIA PARDON COELHO

Rio de Janeiro

2022

NATALIA PARDON COELHO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS POR
PUBLICIDADES ILÍCITAS DIRIGIDAS (OU SEM RESTRIÇÃO DE ACESSO) AO
PÚBLICO INFANTIL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Guilherme Magalhães Martins**.

Rio de Janeiro

2022

CIP - Catalogação na Publicação

C672r Coelho, Natalia Pardon
 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES
DIGITAIS POR PUBLICIDADES ILÍCITAS DIRIGIDAS (OU
SEM RESTRIÇÃO DE ACESSO) AO PÚBLICO INFANTIL /
Natalia Pardon Coelho. -- Rio de Janeiro, 2022.
 136 f.

 Orientador: Guilherme Magalhães Martins.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

 1. Responsabilidade civil. 2. Direito do
consumidor. 3. Publicidade ilícita. 4. Publicidade
infantil. I. Martins, Guilherme Magalhães, orient.
II. Título.

NATALIA PARDON COELHO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS POR
PUBLICIDADES ILÍCITAS DIRIGIDAS (OU SEM RESTRIÇÃO DE ACESSO) AO
PÚBLICO INFANTIL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Guilherme Magalhães Martins**.

Data da Aprovação: 15/07/2022

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Guilherme Magalhães Martins

Orientador

Prof.^a Dra. Juliana de Sousa Gomes Lage

Membro da Banca

Prof.^a Dra. Andreia Fernandes de Almeida Rangel

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2022

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo investigar aspectos da responsabilização civil de influenciadores digitais que, na prática de atividade publicitária dirigida ao público infantil, ou sem restrição ao seu acesso, incorram em condutas vedadas pelo Código de Defesa do Consumidor – caracterizando a ocorrência de publicidade ilícita. Em se tratando de tipo de atuação publicitária próprio do meio digital, busca compreender suas características, bem como a relação do influenciador com seus seguidores. Pela dedicação do tema ao público infantil exposto a essa publicidade, analisa aspectos da situação de hipervulnerabilidade desses consumidores, da especial proteção a eles conferida pelo ordenamento jurídico em razão de sua condição de pessoas em desenvolvimento, além de aspectos neuropsicológicos do processo de desenvolvimento cognitivo infantil, que afetam a compreensão da publicidade e suas intenções. Por fim, analisa de que modo o controle da publicidade é exercido no Brasil a partir da exemplificação de casos concretos, sobretudo representações do Conar, e, considerando a ausência de precedentes judiciais robustos sobre a situação estudada, apresenta-se conclusão, com base no método dedutivo, no sentido da aplicação de responsabilidade civil objetiva, sustentada a partir da análise do arcabouço normativo existente e da revisão bibliográfica, sobretudo doutrinária, realizadas ao longo do trabalho.

Palavras-Chave: responsabilidade civil; influenciador digital; publicidade ilícita; publicidade infantil; direito do consumidor.

ABSTRACT

This work aims to investigate aspects of civil responsibility of digital influencers that, while making advertising to children, or not restricted to them, incur in practices that are forbidden by the Brazilian Consumer Protection Code, which characterizes the occurrence of illicit advertising. Considering it to be a type of advertising specific to the digital environment, this research aims to understand its characteristics and the influencer's relationship with his or her followers. Due to the theme dedication to children's exposure, the aspects of the hypervulnerability of these consumers are analyzed, besides the special protection they receive from the legal system, due to their condition of people in development, as well as the neuropsychological aspects of the children's cognitive development process that affect their understanding of advertising and its persuasive intent. Finally, it analyzes how advertising surveillance is exercised in Brazil through the analysis of real cases, especially the "Conar" reports. And considering the absence of robust precedents on the studied situation, a conclusion is presented based on the deductive method, towards the application of objective civil responsibility, sustained from the analysis of the normative framework and the bibliographic review, especially doctrinal, carried out throughout the work.

Keywords: civil responsibility; digital influencer; illicit advertising; advertising to children; consumer law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CBARP	Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária
CFP	Conselho Federal de Psicologia
CRFB/88	Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Conanda	Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente
STF	Supremo Tribunal Federal
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Conar	Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
I. SUJEITOS ENVOLVIDOS NA PUBLICIDADE DIGITAL INFANTIL E AS TÉCNICAS PUBLICITÁRIAS PRÓPRIAS DESSE MEIO	15
I.a. A figura do influenciador digital e a ascensão do <i>marketing</i> de influência	15
I.b. O público infantil e sua condição de consumidor hipervulnerável	25
I.c. Aspectos neuropsicológicos do desenvolvimento infantil com base na teoria de Jean Piaget: as crianças são capazes de compreender a publicidade e suas intenções?.....	34
I.d. Características da publicidade realizada pelos influenciadores e técnicas de persuasão adaptadas ao meio digital.....	41
II. A REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: DEVERES E PRINCÍPIOS QUE DEVEM ORIENTAR A ATIVIDADE PUBLICITÁRIA REALIZADA PELOS INFLUENCIADORES	48
II.a. A opção do legislador por inserir normas sobre publicidade no âmbito do Código de Defesa do Consumidor	48
II.b. Princípios do Código de Defesa do Consumidor que devem orientar a atividade publicitária	54
III. INVESTIGAÇÃO TEÓRICA E PRÁTICA ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS POR PUBLICIDADES ILÍCITAS VEICULADAS AO PÚBLICO INFANTIL NO BRASIL	70
III.a. A caracterização da publicidade ilícita e casos de destaque no cenário nacional.....	70
III.b. A responsabilidade objetiva e solidária preceituada pelo CDC	85
III.c. Extensão da responsabilização aos influenciadores digitais: o conceito de fornecedor equiparado e as teorias do risco	93
III.d. Aspectos práticos do controle da publicidade ilícita no Brasil: as peculiaridades da publicidade realizada <i>por</i> influenciadores e <i>para</i> um público infantil	99
CONCLUSÃO	115

INTRODUÇÃO

No contexto global atual, não é possível compreender o comportamento individual sem levar em consideração aspectos intersubjetivos e coletivos. Em grande parte, isso se explica em razão do avanço tecnológico incorporado aos meios de comunicação, que possibilitaram uma conexão entre as pessoas em um grau antes inimaginável. Nesse contexto, impressionam os expressivos números de usuários que possuem perfis em redes sociais atualmente. Pesquisa realizada pela Statista, empresa alemã especializada na elaboração de estatísticas de mercado, indica que o Brasil era o 3º país com mais usuários ativos no Instagram no ano de 2021, com um público aproximado de 99 milhões¹ de usuários, atrás apenas de Estados Unidos e Índia – posição que foi mantida em 2022, embora o número de usuários tenha aumentado ainda mais, para 119,45 milhões².

Considerando-se que a contagem do IBGE da população brasileira, em 2021³, totalizava pouco mais de 213 milhões de pessoas, observa-se que quase metade da população do país já utilizava a rede. Em 2022⁴, os dados atualizados do IBGE apontam uma população de quase 215 milhões de pessoas, que, comparada ao número atualizado de usuários (119,45 milhões), demonstra que o crescimento do número de usuários, além de ultrapassar metade da população brasileira, apresenta uma taxa de crescimento muito mais acentuada – a despeito da exclusão digital que acomete grande parte do país, em razão das desigualdades socioeconômicas.

Tal tendência de crescimento, embora já anterior à Pandemia do COVID-19, foi intensificada em muito pelo afastamento físico dela decorrente, aumentando ainda mais a utilização de redes sociais, tanto como meio de comunicação, no período de isolamento, quanto como meio de entretenimento. Nesse ambiente, ganhou destaque o fenômeno da influência digital, que nasce a partir do amplo alcance de público que certos usuários de redes sociais são capazes de atingir em seus perfis, composto por milhares ou até milhões de seguidores que

¹ Leading countries based on Instagram audience size 2021. **Statista**. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/578364/countries-with-most-instagram-users/>>. Acesso em: 25.05.2021.

² Leading countries based on Instagram audience size as of January 2022. **Statista**. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/578364/countries-with-most-instagram-users/>>. Acesso em: 06.07.2022.

³ IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php/>. Acesso em: 25.01.21.

⁴ IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>>. Acesso em: 06.07.2022.

acompanham os conteúdos regularmente compartilhados, e, frequentemente, têm seu comportamento, estilo de vida e padrão de consumo influenciado.

Nesse sentido, para além de uma ferramenta de comunicação, a maioria das redes sociais possui um propósito de incentivo à produção de conteúdo e entretenimento, o que prende a atenção do usuário, mantendo-o mais tempo na plataforma, que lucra a partir dos anúncios patrocinados. Um exemplo que demonstra tal esforço dos idealizadores das redes sociais em transformá-las em “paraísos do entretenimento” seria o recente aplicativo *TikTok*, cuja proposta é a criação de vídeos rápidos, normalmente com conteúdo descontraído ou engraçado, com a possibilidade de utilização de efeitos de edição lúdicos e criativos – o que acaba por despertar, naturalmente, a adesão de um público mais jovem.

Tendo em vista a proposta de levar o entretenimento ao meio digital para capturar audiência, a exposição das crianças às redes sociais e, conseqüentemente, às influências nelas exercidas, é ainda mais intensa, pois se observa a progressiva substituição dos meios tradicionais de entretenimento (como televisão, cinema, rádio e revistas) pelos conteúdos produzidos em ambiente digital. E, nesse meio, em que é bastante presente a figura dos influenciadores digitais, as crianças acabam sendo expostas ao tipo de publicidade por eles realizado – que, por diversas características, possui um efeito persuasivo mais intenso, diretamente proporcional à maior dificuldade de identificação da mensagem publicitária. Além disso, tais práticas são pulverizadas, por existirem diversos influenciadores digitais, com públicos de todos os tamanhos, dedicados aos mais variados temas, de modo que eventual ilicitude na comunicação publicitária, frequentemente, escapa à fiscalização da atividade.

Sendo certo que, apesar de formalmente haver limitação de idade mínima na maioria das redes sociais – por exemplo, o Instagram⁵, atualmente, restringe a possibilidade de criação de perfil na rede social a pessoas com idade a partir de 13 anos, com ideal monitoramento pelos pais –, não é incomum que crianças (menores de 12 anos) tenham acesso às redes sociais por meio do perfil de um adulto. Ademais, há redes sociais que não dependem de cadastro para terem seu conteúdo acessado, como é o caso do YouTube.

⁵ Guia para Pais do Instagram. **Site oficial do Instagram**. 2021, p.15. Disponível para download em: <<https://about.instagram.com/pt-br/community/parents>>. Acesso em: 15.05.2021.

Diante da inegável presença de crianças em redes sociais, surgiu a figura do “influenciador infantil”, que é aquele que dedica a sua produção de conteúdo digital ao público infantil. Ou seja, da mesma forma que há influenciadores que se dedicam à produção de conteúdo sobre viagens, moda, maquiagem, entre outros, há os influenciadores que se dedicam a produzir conteúdo para crianças, dialogando diretamente com esse público em suas postagens. E, tomando-se a influência digital como atividade profissional, é extremamente frequente que a monetização da atividade se dê por meio da realização de parcerias publicitárias com marcas que, por alguma razão, tenham um público-alvo identificado com o público que segue o influenciador. Assim, não raras vezes, vê-se que os influenciadores infantis realizam parcerias com lojas de brinquedos, material escolar e outros produtos consumidos por crianças. Em outros casos, os influenciadores-empresários divulgam suas próprias linhas de produtos, situação em que as figuras do fornecedor-anunciante e do próprio influenciador se confundem na mesma pessoa.

É necessário considerar, ainda, que, além de estarem expostas a conteúdos estrategicamente direcionados a elas, as crianças também podem ser impactadas pelos mais diversos conteúdos que venham a acessar – bastando, para tanto, a inexistência de utilização de ferramenta de restrição de idade, cujo emprego é recomendado em casos de produtos destinados a adultos. Assim, mesmo a publicidade não intencionalmente dirigida à criança, ou a publicidade produzida por qualquer influenciador que se dedique a “nicho” diverso do infantil, apresentam potencial lesivo às crianças e, por isso, serão também objeto deste trabalho.

Em síntese, o poder de influência dos produtores de conteúdo digital, baseado na relação que cultivam com seu público, gerando empatia e confiança, serve aos interesses do mercado de consumo, funcionando os perfis como espécies de “vitrines” aos produtos nele expostos. Assim, o *marketing* de influência se constrói, justamente, a partir da expectativa de que o carisma e a credibilidade do influenciador sejam capazes de moldar padrões de consumo.

E, analisando-se tal intenção, sob a perspectiva de um público que apresenta um desenvolvimento cognitivo, emocional, social, físico e psicológico ainda em formação, surge a preocupação com os abusos que podem ocorrer no exercício de tal atividade publicitária, partindo do compromisso do ordenamento jurídico brasileiro – a nível constitucional e infraconstitucional – com a efetiva e integral proteção das crianças, em razão de sua condição de pessoas em desenvolvimento e, ainda, sob o ponto de vista consumerista, hipervulneráveis.

Diante de tal problemática, o presente trabalho visa, em um primeiro momento, debruçar-se sobre a figura do influenciador digital, buscando compreender as características mais expressivas de sua atividade, observar de que modo eles se relacionam com as marcas anunciantes e com seus seguidores, e quais são técnicas de comunicação e persuasão predominantemente empregadas no meio digital. Em paralelo, pretende-se compreender o tratamento jurídico protetivo conferido pelo ordenamento pátrio à criança, tendo em vista as peculiaridades de sua condição, além de investigar, do ponto de vista neuropsicológico, a forma como as crianças compreendem o mundo ao seu redor (incluindo-se as mensagens publicitárias a que são expostas), em cada fase de seu desenvolvimento cognitivo.

Em um segundo momento, dedica-se ao estudo de como a publicidade “deveria ser” realizada, de acordo com as normas CDC, ou seja, os princípios que idealmente deveriam orientá-la. E, em um momento final, dedica-se aos casos de configuração da publicidade ilícita, objetivando verificar qual o tipo de responsabilidade civil a incidir no caso e as medidas que poderiam ser e as que efetivamente são aplicadas na realidade brasileira.

A relevância do tema escolhido reside no fato de as crianças da atual geração, em sua maioria, passarem muito tempo em frente às telas, experimentando desde cedo a publicidade digital. Além de o uso das redes sociais ser desejado pelas crianças como fonte de recreação, os pais costumam permiti-lo em razão da necessidade de manter a criança entretida enquanto trabalham. Outra dimensão que explica os pais acabarem atendendo aos seus desejos de consumo de seus filhos é a inconsciente tentativa de demonstrar afeto ou suprir ausências dessa forma, como ressaltado por Gilles Lipovetsky:

em nossos dias, o consumo é pensado como instrumento de prazer, de despertar e de desenvolvimento da autonomia da criança. Ao mesmo tempo, no que concerne aos pais, ele é do domínio de uma lógica experiencial, sendo essencialmente um momento de alegria proporcionado pelo espetáculo do prazer dos filhos. (...)

(...) prevalece o "consumo-amor", o consumo-festa tanto dos menores como dos mais velhos. No momento em que desabrocha o “filho-rei” informado, decididor e prescritor, o consumo se apresenta como um meio para “comprar a paz” na família, uma maneira de fazer-se perdoar por ausências muito longas, ao mesmo tempo que como um direito do filho baseado no direito à felicidade, aos prazeres, à individualidade.⁶

⁶ LIPOVESTSKY, Gilles. GILLES, Lipovetsky. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p 120.

Em paralelo, é possível identificar forte repúdio da sociedade em relação à exposição das crianças e adolescentes a certos conteúdos publicitários, o que é revelado pelo grande número de representações sobre o tema no Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar), organização que, apesar de não possuir força coercitiva, autorregulamenta a publicidade no país – através do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e do “julgamento” de casos de suposta violação ao Código, com base na adesão voluntária.

Em 2018, o número de “condenações” de influenciadores pelo Conar superou inclusive o de “condenações” de marcas anunciantes, em análise realizada pela revista Meio&Mensagem, publicada em 2019. Na mesma matéria⁷, ressaltam o caso de fevereiro de 2018 em que Felipe e Lucas Neto sofreram pedido de remoção do vídeo “Desafio Felipe Neto vs. Lucas Neto na Netoland”:

no qual eles divulgavam um número de telefone para que as pessoas se cadastrassem em uma promoção cujo prêmio seriam viagens na companhia da dupla. Consumidores denunciaram a promoção, que visava atingir crianças e adolescentes, pela falta de informação sobre o custo do valor de cada ligação (R\$ 5,92) e por alterações das regras do sorteio durante sua vigência. O vídeo foi condenado em primeira instância ainda em 2017, mas a IN21, responsável pela ação, entrou com recurso alegando que a promoção era dirigida a maiores de idade. Na reavaliação, foi mantida a decisão de sustação do vídeo, por unanimidade, agravada por advertência ao anunciante.⁸

Entretanto, por não se confundir com o Judiciário e, portanto, não poder lançar mão de medidas mais firmes diante das publicidades ilícitas, sua atuação acaba se resumindo a recomendações e advertências. Por outro lado, nota-se que não é próprio da cultura do brasileiro médio levar esse tipo de demanda ao judiciário, o que se confirma através do resultado de pesquisa jurisprudencial que claramente não reflete a enorme quantidade de representações sobre o tema levadas por consumidores ao Conar.

Levando em consideração a falta de uma jurisprudência consolidada, além da falta de normas mais específicas sobre o tema da publicidade infantil, é de suma relevância o debate jurídico-doutrinário acerca da aplicação dos institutos do Código de Defesa do Consumidor e

⁷ LEMOS, Alexandre Zaghi; SACCHITIELLO, Bárbara. Por publicidade velada, influenciadores lideram condenações do Conar. **Revista Meio & Mensagem**. Disponível em: <<https://www.meioemensagem.com.br/home/comunicacao/2019/01/25/por-publicidade-velada-influenciadores-lideram-condenacoes-do-conar.html>>. Acesso em: 27.05.2021.

⁸ LEMOS, Alexandre Zaghi; SACCHITIELLO, Bárbara. op. cit., 2019.

do Estatuto da Criança e do Adolescente, visando à tutela efetiva dos direitos destes consumidores hipervulneráveis.

Diante do cenário descrito, o presente trabalho se propõe ao estudo dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, por meio de uma revisão bibliográfica, para, ao final, concluir, com base no método dedutivo, pela forma mais adequada de responsabilização dos influenciadores digitais pela prática de eventual publicidade ilícita direcionada ou de acesso irrestrito ao público infantil, principalmente quanto ao tipo de responsabilidade – objetiva ou subjetiva – que deve incidir no caso.

CAPÍTULO I

SUJEITOS ENVOLVIDOS NA PUBLICIDADE DIGITAL INFANTIL E AS TÉCNICAS PUBLICITÁRIAS PRÓPRIAS DESSE MEIO

I.a. A figura do influenciador digital e a ascensão do *marketing* de influência

Com a ressalva de que o presente trabalho não tem a pretensão de formular conceito definitivo acerca do fenômeno da influência digital, em especial diante do dinamismo e fluidez de tal atividade, faz-se necessário, contudo, estabelecer ao menos uma descrição da figura central cuja responsabilidade pela veiculação de eventual publicidade ilícita será analisada – o influenciador digital, também chamado de *digital influencer*, *influencer*, criador de conteúdo digital ou *digital creator*.

Apesar de um critério frequentemente utilizado para aferição da influência ser a quantidade de seguidores nas redes – e embora isso possa de fato indicar uma maior expressividade dos aspectos que se pretende analisar –, propõe-se um olhar mais qualitativo do que quantitativo acerca do fenômeno da influência. Isso porque, em diferentes escalas, todos os usuários que possuem perfis em redes sociais exercem influência, em maior ou menor grau, sobre seus seguidores (ainda que apenas amigos, familiares etc.).

Contudo, ao se falar em influência no meio digital como fenômeno propulsor da publicidade, precisa-se observar a taxa de engajamento gerado por determinado perfil, que consiste na razão entre o número de pessoas que visualizam o conteúdo publicado e o número de pessoas que efetivamente escolhem interagir com ele (curtindo, comentando, clicando em “links” etc.). É esse sutil poder de fazer com que a audiência efetivamente tome ações a partir dos “convites” do influenciador que abre espaço para a atuação publicitária, na medida em que a audiência é também convencida a consumir o que lhe é apresentado ou sugerido.

Diante disso, esclarece-se que a utilização do termo “influenciador digital”, para os fins deste trabalho, tem o escopo de se referir à pessoa que realiza tal atividade habitualmente e com finalidade econômica, ou seja, como atividade profissional. A profissionalização dessa atividade remonta à época em que se popularizaram os *blogs* (em especial os de beleza, voltados ao público feminino), momento em que, na reflexão de Isaaf Karhawi, “transformaram o ‘ter

um blog’ em ‘ser blogueira’, ou seja, ser uma profissional da comunicação”⁹. Da mesma forma, o “possuir perfil em uma rede social” foi gradualmente transformado em “ser influenciador/produtor de conteúdo/*youtuber/tiktoker*” – a depender da plataforma escolhida.

O que caracteriza a atividade profissional nesses meios, juntamente ao objetivo de ganho econômico pelo influenciador, é a regularidade das postagens e do contato com a audiência, além da consistência na produção de um conteúdo temático (de maneira assemelhada a uma “linha editorial”), visando conquistar a atenção e a fidelidade do público e mantê-lo interessado em continuar acompanhando as postagens, a longo prazo. Essa relação habitual de interação, pela informalidade e sensação de proximidade proporcionada pela rede social, acaba por gerar uma relação de confiança (ou até mesmo um vínculo emocional) do seguidor para com o influenciador – elemento que é muito útil às intenções persuasivas das marcas anunciantes. No caso dos influenciadores infantis, é comum, ainda, que se apresentem como um “amigo” da criança, gerando maior empatia e conexão emocional com seu público.

Fato é que, para as empresas que pretendem se utilizar do intermédio de influenciadores para a divulgação de seus produtos, o que possui verdadeira relevância não é o número de seguidores como dado isolado e estático, mas a interação que o influenciador é capaz de gerar com a sua audiência e o poder de persuasão que demonstra, no sentido de levar o público a efetivamente adquirir e consumir os produtos ou serviços indicados. Considerando isso, apesar de algumas empresas optarem pelos contratos publicitários com “grandes” influenciadores (com número de seguidores na ordem dos milhões), também é possível observar a estratégia de se investir em maior número de influenciadores de menor visibilidade (por exemplo, com número de seguidores na ordem dos milhares), com nichos mais específicos.

Isso pode se explicar, de um lado, pelo “custo-benefício” envolvido, pois a aposta em um único influenciador muito famoso, naturalmente, demandará um cachê mais expressivo e implicará um maior risco do investimento. E, por outro lado, como interessa às empresas alcançar especificamente o público-alvo que potencialmente consumiria seus produtos, o direcionamento da publicidade a um público menor, porém mais qualificado (“nichado”), acaba sendo mais interessante do que um alcance de uma audiência mais heterogênea, ainda que numericamente maior. E é nesse ponto que se destaca a “especialização” dos influenciadores

⁹ KARHAWI, Issaaf. Influenciadores digitais: o Eu como mercadoria. In: SAAD, Elizabeth Corrêa; SILVEIRA, Stefanie Carlan. (Orgs.). **Tendências em comunicação digital**. São Paulo: ECA/USP, 2016. p. 43.

em nichos específicos, nos quais intencionam tornar-se referências, espécies de autoridades no assunto.

Tais nichos, que consistem nos temas aos quais o influenciador se dedica em sua produção de conteúdo, podem ser, por exemplo: viagens, moda, maquiagem, vida saudável, entre outros – incluindo o nicho de entretenimento infantil, objeto deste trabalho. Assim, em vez de optar por realizar um contrato de publicidade com uma personalidade muito famosa, como uma celebridade advinda da televisão, mas que não dedica suas postagens nas redes sociais a um tema específico, as empresas tendem a buscar firmar parcerias com influenciadores que possuem um público mais identificado com os potenciais consumidores de seu produto, por serem mais previsíveis os resultados da publicidade. Essa tendência se confirma, com base nos exemplos concretos que serão abordados oportunamente, no fato de empresas que comercializam brinquedos infantis, materiais escolares e alimentos do tipo *fast-food* buscarem realizar parcerias com influenciadores infantis, isto é, aqueles que se dedicam a produzir conteúdo para crianças.

Feitas essas colocações, propõe-se, em síntese, que os influenciadores sejam compreendidos, para os fins da análise deste trabalho, como os profissionais que trabalham produzindo e veiculando conteúdos variados na internet, conforme seu nicho, por meio de uma comunicação direta com seus seguidores, com frequência habitual (normalmente diária), cultivando uma relação de proximidade, interação e confiança com o público e, como consequência, atingindo a capacidade de efetivamente moldar seus comportamentos, estilos de vida ou padrões de consumo – razão pela qual, frequentemente, se associam a marcas em trabalhos publicitários. A partir da relação de confiança firmada entre esses indivíduos carismáticos que compartilham rotineiramente suas vidas na *Internet* e os seguidores que neles se inspiram, as marcas aproveitam tal alcance e credibilidade para aumentar a visibilidade de seus produtos e alavancar suas vendas, enquanto os produtores de conteúdo conseguem monetizar sua atividade.

Não se pode deixar de notar que, nessa dinâmica, o mercado da influência digital se tornou bastante pulverizado, pois existem diversos perfis que se dedicam aos mais variados temas e diversas empresas dispostas a estabelecerem parcerias com eles. Levando isso em consideração, registra-se, desde logo, que apesar de os casos envolvendo influenciadores com número altíssimo de seguidores e amplamente conhecidos constituírem os exemplos mais ilustrativos e

acessíveis de publicidade ilícita de que se tem notícia, em razão do grande público atingido e da ampla repercussão gerada (que, por isso, serão mencionados ao longo do estudo), cabe lembrar que tal prática é possível de ser observada também entre influenciadores de menor público – talvez até mais recorrentemente, em razão de uma vigilância menos incisiva por parte do público e menor repercussão das eventuais ocorrências.

Delineada a relação entre as marcas e os influenciadores, passa-se a analisar a forma como se dá o chamado “*marketing* de influência” por eles realizado. Como bem afirmado no artigo de coautoria do professor Michael César, pode-se dizer que os influenciadores digitais tornaram-se os novos atores publicitários da década¹⁰. Isso porque o *marketing* de influência demonstra-se muito mais efetivo na atualidade do que a publicidade realizada pelos veículos tradicionais, como televisão e revistas, especialmente em razão de as novas gerações terem seus hábitos diários muito mais integrados às novas tecnologias e redes sociais.

Por exemplo, é comum entre o público jovem o hábito de acompanhar diariamente os *stories*¹¹ postados por influenciadores no Instagram – e, indiretamente, as marcas que os patrocinam. Considerando que esse tipo de publicação fica disponível por 24 horas no perfil do influenciador, podendo ser reproduzido ilimitadamente a qualquer momento dentro desse período, percebe-se que tal nível de exposição da marca seria dificilmente atingido por um meio tradicional de publicidade, como a televisão, em que os comerciais são exibidos em momento específico e sem reprise. Isso sem contar que os *stories* podem ter sua exibição tornada permanente, mesmo após as 24 horas, caso sejam adicionados aos “destaques” do perfil. Da mesma forma, uma vez realizados, os posts no *feed* – isto é, na galeria permanente de fotos e vídeos que compõem o perfil – podem ser acessados pelos seguidores a qualquer tempo.

Sendo certo que as novas gerações têm predileção, em regra, por buscar entretenimento em plataformas digitais – como redes sociais (Instagram, TikTok, YouTube, entre outras) e serviços de *streaming*¹² audiovisual (Netflix, Disney Plus e outras, para assistir a filmes e séries,

¹⁰ BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 2, n. 2, 2019.

¹¹ Do inglês, traduzido literalmente como “histórias”, tratam-se de postagens rápidas (fotos ou vídeos de até 15 segundos), expostas em sequência e sem limite de quantidade, que expiram após 24 horas.

¹² “*Streaming* é o nome dado à tecnologia que é capaz de transmitir dados através da internet sem a necessidade de baixar o conteúdo em um dispositivo”, a exemplo de músicas, séries, filmes, entre outros conteúdos. COSTA, Matheus Bigogno. O que é e como funciona o streaming. **Canaltech**. 2020. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/internet/o-que-e-streaming/>>. Acesso em: 07.09.2021

e Spotify, para ouvir músicas e *podcasts*) –, em relativa substituição aos meios de comunicação tradicionais – como revistas, rádio e televisão – é necessário analisar as diferenças entre os tipos de publicidade realizados nesses meios e os efeitos sobre os consumidores das novas técnicas persuasivas empregadas.

Em um primeiro momento, investiga-se a figura (“quem”) que vocaliza a publicidade em cada tipo de mídia e a sua forma de realização (“como”). Para a análise proposta pelo trabalho, são extremamente relevantes as diferenças entre o papel exercido pelas celebridades em campanhas publicitárias veiculadas nas mídias tradicionais e a forma de atuação dos influenciadores nas redes sociais, em especial sob o ponto de vista jurídico, pois a questão da responsabilidade civil das celebridades por eventual conteúdo ilícito nas publicidades de que participam já foi discutida intensamente em âmbito doutrinário¹³ e jurisprudencial, o que será abordado no terceiro capítulo. Contudo, conforme se busca demonstrar, a atuação do influenciador digital possui características muito distintas e pouco consideradas, de modo que não há razão em transpor os mesmos entendimentos jurídicos e conclusões aplicados às celebridades sem levar em consideração as peculiaridades que se verificam, sobretudo, no estilo de comunicação, na postura ativa e mais subjetiva, e nas técnicas de persuasão próprias do meio digital.

Sobre tal distinção, Issaaf Karhawi, jornalista e mestre pela USP que se dedica ao estudo da profissionalização dos *blogs* no Brasil, no artigo intitulado “Influenciadores digitais: o Eu como mercadoria”, ressalta que

A diferença entre um influenciador digital e uma celebridade é justamente o sujeito, o Eu. O influenciador digital, digital influencer, creator, ou a denominação vigente que for, é um sujeito que preserva o seu Eu. Enquanto uma celebridade está distante, sob holofotes, traçando um caminho de sucesso que parece muito distante de quem os assiste no cinema ou na televisão, os influenciadores digitais estão no Facebook, no Instagram, no Snapchat, em espaços ocupados por “pessoas comuns” com quem dialogam em igualdade. É por esse motivo, também, que revistas e sites de veículos tradicionais de mídia não têm a mesma reputação que os influenciadores digitais. A proximidade desses sujeitos de seus públicos, de sua rede, a partir da escrita íntima, do uso da primeira pessoa (no caso dos blogs, Instagram, Twitter) e da personalidade cria uma aproximação entre o criador de conteúdo e seus públicos.¹⁴

¹³ Com destaque para a obra “A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam”, de autoria de Paulo Scartezzini (GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007).

¹⁴ KARHAWI, Issaaf. op.cit., p. 46-47.

Em uma análise mais abstrata, a autora aponta, ainda, que a própria imagem dos influenciadores é o seu principal objeto de trabalho, na medida em que desenvolvem uma espécie de “marca pessoal” com valor agregado, cuja associação a produtos e serviços passa a ser negociada, por meio de uma “comoditização”¹⁵, isto é, por meio da transformação de processos sociais em mercadorias. É por isso que “os influenciadores não monetizam apenas o conteúdo que produzem em seus blogs, canais no YouTube, mas eles mesmos”¹⁶.

Por essa razão, a atuação do influenciador sequer está restrita, necessariamente, ao ambiente digital. Essa conquista de novos espaços fora dele e de monetização da própria imagem encontra didático exemplo nas parcerias entre influenciadores e marcas que se dão por meio da “mera” presença em eventos (os chamados “encontrinhos”), visando atrair mais atenção pública a eles. Situação desse tipo foi levada ao Conar por provocação do Ministério Público e representação do Instituto Alana, no caso “Ri Happy, Long Jump, Google e Cinco Blogueiros - Encontrinho Youtubers” (Representação nº 031/18), em que a entidade considerou que os vídeos produzidos por cinco *youtubers* menores de idade convidados para comparecerem ao evento organizado por marcas de brinquedos infantis deveria ser enquadrado como atividade publicitária, pois o recebimento dos convites e da viagem como “presentes” bastariam para caracterizar proveito econômico recebido pelos influenciadores como contraprestação, ainda que ausente qualquer contrato de publicidade ou mesmo pagamento em dinheiro:

O Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude da capital, enviou ofício ao Conar pedindo manifestação à luz da ética publicitária de numerosos vídeos publicitários veiculados no YouTube, nos quais influenciadores de diferentes faixas etárias divulgavam produtos e serviços destinados a crianças e adolescentes. O Ministério Público questionou: estariam as ações mencionadas no ofício alinhadas às recomendações do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária para anúncios de produtos e serviços para menores de idade e identificação publicitária das peças? O ofício do Ministério Público, movido por representação do Instituto Alana, chegou ao Conar em janeiro, tendo se optado por desdobrá-lo em nove representações éticas, sendo esta a primeira delas, sobre ações das lojas de brinquedo Ri Happy e Long Jump, protagonizadas pelos blogueiros Julia Silva, Marina Bombonato, Carol Santana, Felipe Calixto e Manoela Antelo, todos menores de idade. O Google Brasil foi integrado ao processo por ser a plataforma na qual as ações foram veiculadas. As partes defenderam-se no Conar. A Ri Happy argumentou que os vídeos não têm caráter publicitário e não incorrem em apelo imperativo de consumo dirigido a menor de idade. Já os blogueiros, de forma geral, informaram não terem recebido pagamento; apenas usufruíram da estrutura e organização do evento e que o conteúdo aqui tratado tinha natureza editorial. Alguns informaram não ter havido envolvimento do Google no evento. Não houve defesa por parte do Google e da blogueira Marina Bombonato. O relator enumerou os dezoito

¹⁵ A autora emprega o termo em referência à noção de “commodity”, ligada aos estudos marxistas, para explicar de que forma o “Eu” do influenciador digital é transformado em mercadoria, de maneira semelhante ao que ocorre com a mercantilização do tempo e do conhecimento.

¹⁶ KARHAWI, Issaaf. op. cit., p. 41.

vídeos objeto desta representação e, dada a semelhança entre eles, os analisou em conjunto, levando em conta as recomendações do Código em seus artigos 14 e 17, para que os anúncios sejam interpretados tanto na sua letra quanto no seu espírito e conforme o impacto provável sobre aqueles que irão assisti-los. A partir deste entendimento, o relator concluiu que, independentemente de contratos comerciais, as retribuições oferecidas pelos anunciantes aos influenciadores – viagens e convites, por exemplo - são suficientes para que se configure ação de marketing, reconhecida como tal pela ética publicitária. Por isso, ele propôs advertência à Ri Happy e Long Jump para que em ações futuras "preste expressa, clara e adequada orientação aos influenciadores acerca da responsabilidade com relação ao material de cunho publicitário em seu canal". A mesma pena foi estendida aos blogueiros. O relator propôs ainda a alteração da maioria dos vídeos, para que reste clara a natureza publicitária deles. Os vídeos não alcançados pela recomendação, devidamente discriminados pelo relator, foram aqueles que ele considerou de natureza informativa. Quanto ao Google, o relator considerou que sua natureza de plataforma digital está regulada pelo marco civil da internet, não sendo o caso de pronunciamento pelo Conar. Ele propôs, contudo, a advertência ao Google para que eventos similares ao que motivou esta representação incluam orientação clara aos influenciadores, quanto às suas responsabilidades em se tratando de material publicitário. Seu voto foi aceito por unanimidade.¹⁷

Retomando a questão da distinção entre os papéis de celebridades e influenciadores em publicidades, cumpre registrar que é possível que certos influenciadores, atingindo elevado nível de fama, passem a ser também considerados celebridades, seja em decorrência da projeção conquistada a partir de sua atividade original, ou mesmo através da exploração de outras atividades, como a participação em novelas, *shows*, comerciais televisivos e publicação de livros autorais. É inegável que, embora as novas mídias sejam mais acompanhadas pela geração jovem, os diversos meios de comunicação e de produção artística se inter-relacionam, de modo que o crescimento e ganho de destaque pelo influenciador no meio digital poderá atrair oportunidades em outros canais, inclusive nos meios de comunicação tradicionais (como televisão e revista), atingindo públicos diversificados.

Como exemplos reais, pode-se mencionar que o influenciador infantil Lucas Neto, que ganhou projeção através de seu canal no YouTube dedicado a esse público, e, com a criação da empresa “Lucas Neto Studios”, passou também a produzir livros, filmes, jogos, *shows* e

¹⁷ CONAR. **Representação nº 031/18**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07.05.2021.

produtos licenciados¹⁸. Já a influenciadora Bruna Vieira¹⁹, que iniciou sua produção de conteúdo no *blog* intitulado “Depois dos Quinze”, voltado a um público feminino adolescente, publicou posteriormente livros infanto-juvenis com crônicas de sua autoria e, recentemente, teve uma das obras transformada em série pela Netflix²⁰.

Também é frequente o movimento oposto, ou seja, que celebridades advindas de meios de comunicação tradicionais, como a televisão, decidam se dedicar a influenciar seus seguidores nas redes sociais, aproveitando o número de pessoas que as acompanham também por esse meio. Assim, a distinção entre as duas figuras – influenciadores e celebridades - não se trata de uma diferença inerente aos sujeitos em si, mas ao papel desempenhado por eles em cada tipo de mídia, pois as formas de realizar publicidade em cada veículo de comunicação são diferentes, ainda que exercidas pela mesma pessoa.

Por exemplo, é comum que, em um comercial televisivo, a celebridade contratada para estrelar a campanha transpareça estar vocalizando uma mensagem decorada, de acordo com um texto ou roteiro previamente escrito pelo anunciante, como se fosse seu mero “porta-voz”. Além disso, os intervalos comerciais aparecem em momento apartado da programação de entretenimento, deixando clara a intenção comercial da marca anunciada. Efeito totalmente diverso é provocado nos consumidores quando o influenciador, que já compartilha diversos aspectos de sua vida diária, “ocasionalmente” menciona as marcas que utiliza e recomenda, bem como narra sua experiência pessoal com os produtos que experimenta. Todo esse discurso é realizado em primeira pessoa, direcionado diretamente aos seguidores e, em geral, com

¹⁸ Em uma entrevista concedida à Revista “Quem”, Lucas Neto é descrito como “o maior criador de conteúdo infantil da atualidade”, com mais de 30 milhões de inscritos em seu canal no YouTube. Além disso, diz-se que sua empresa Lucas Neto Studios “atua em diferentes vertentes: tecnologia (com a criação de aplicativos e jogos); filmes (longa-metragens para serviços on demand como Claro Now, Netflix, cinema, TV e outras grandes plataformas); YouTube (com a criação de conteúdo para canais, como o Em Libras); editorial (livros em parceria com a editora Edíouro), música e shows e produtos Licenciados.”. (GODINHO, Rafael. Lucas Neto analisa como se tornou o maior influenciador infantil do país. **Revista Quem Online**. Disponível em: <<https://revistaquem.globo.com/Entrevista/noticia/2021/05/lucas-neto-analisa-como-se-tornou-o-maior-influenciador-infantil-do-pais.html>>. Acessado em: 02.07.2022.)

¹⁹ Em entrevista para o jornal digital GHZ, Bruna Vieira conta que uma professora da escola a indicou para uma editora, que se interessou pelos textos publicados em seu “blog” e a convidou para publicar seu primeiro livro. (Saiba como Bruna Vieira transformou o blog 'Depois dos Quinze' em livros de sucesso. **Jornal Digital GHZ**. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/cultura-e-lazer/noticia/2014/09/Saiba-como-Bruna-Vieira-transformou-o-blog-Depois-dos-Quinze-em-livros-de-sucesso-4601201.html>>. Acesso em: 02.07.2022.)

²⁰ Em publicação própria em seu “blog”, Bruna Vieira comenta sobre a produção da série baseada em seu livro “De Volta aos 15” pela Netflix. (VIEIRA, Bruna. Curiosidades sobre “De Volta aos 15”, a nova série da Netflix baseada no meu livro. **Blog Depois dos Quinze**. Disponível em: <<https://www.depoisdosquinze.com/2022/01/25/de-volta-aos-15-netflix/>>. Acesso em: 02.07.2022.)

chamamentos à ação para adquirir os produtos, comumente pela inserção de *links* direcionados às páginas de venda.

Ou seja, por quatro principais aspectos a atuação do influenciador é naturalmente mais persuasiva e mais ativa do que a da celebridade em um comercial tradicional. Em primeiro lugar, os influenciadores se dirigem a uma audiência com quem já possuem um vínculo de confiança e admiração. Ao compartilharem suas opiniões e experiências pessoais abertamente em seus perfis, geram uma atmosfera de intimidade, honestidade e credibilidade (em especial dentro dos “nichos” em que se tornam referência). Assim, quando indicam o consumo de determinado produto ou serviço, atestando suas qualidades, o fazem com base nessa mesma relação de confiança, ainda que em identificável publicidade, fomentando expectativa de resultado pelos consumidores influenciados. E, embora a celebridade no comercial televisivo também possa ser admirada, está em uma posição muito mais distante e inacessível do público, gerando menos empatia.

Em segundo lugar, quanto ao estilo de comunicação, nota-se que a forma do discurso do influenciador é naturalmente mais persuasiva, por vocalizar uma opinião própria, utilizando-se de um discurso informal, descontraído e espontâneo, com o qual os seguidores podem interagir. Por outro lado, a percepção do papel da celebridade em um comercial tradicional costuma ser a de mero vocalizador da mensagem da marca anunciante, apenas “emprestando” sua imagem e interpretando um texto pronto (ou lendo-o em um *teleprompter*), o que transmite uma dissociação entre a mensagem e a opinião pessoal do locutor. Diferentemente, o influenciador, em regra, não apenas apresenta o produto, mas compartilha suas opiniões (em tese, sinceras), experiências e resultados obtidos a partir do próprio uso. Como bem sintetizado, “formadores de opiniões, os influenciadores não apresentam ou representam personagens, mas sim eles mesmos em seu cotidiano, tornando sua aproximação com seus seguidores mais acessível e descomplicada”²¹.

Um terceiro ponto que diferencia a atividade publicitária feita pelo influenciador é a busca ativa por resultado para a marca. Mesmo nos casos em que a marca anunciante não é de propriedade do influenciador, há uma expectativa de se quantificar o retorno proporcionado. Para tanto, é comum que as marcas paguem comissões proporcionais à quantidade de produtos

²¹ BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. op. cit., p. 10.

vendidos por meio da divulgação do influenciador, o que é mensurado pelo registro da quantidade de compras efetivadas a partir do acesso por “links” rastreáveis compartilhados no perfil do influenciador ou pela utilização de cupons de desconto com o seu nome. Em razão disso, a postura dos influenciadores demonstra-se muito mais ativa no interesse de concretização da venda do produto anunciado.

Por fim, ressalta-se como quarto ponto de diferenciação a autonomia²² criativa que costuma ser conferida aos criadores de conteúdo digital, ainda que comumente recebam um *briefing* das empresas anunciantes, que consiste em um resumo das informações essenciais do produto a ser divulgado, que não podem deixar de ser destacadas. Ressalvado o conteúdo do *briefing*, que em geral reúne informações gerais (não se confundindo com um texto pronto), é comum que a escolha do conteúdo e da forma da mensagem fiquem a cargo do influenciador, exatamente para que a mensagem não soe artificial, robotizada ou pouco espontânea. Além disso, objetiva-se que a publicidade não “destoe” do estilo de comunicação e do conteúdo habitualmente publicado pelo influenciador, tanto para que o produto possa ser inserido em sua rotina com naturalidade, quanto para evitar que a publicidade escape completamente ao interesse do seguidor. Em relação a tal autonomia, pode-se dizer, em síntese, que

Os influenciadores digitais, em sua posição de novos atores da sociedade digital e do hiperconsumo, são criadores de conteúdo, o que lhes garante ampla liberdade nas plataformas digitais. Neste sentido, os fornecedores permitem que tais criadores de conteúdo promovam produtos e serviços pela forma que lhes convier, de modo a tornar a publicidade natural – com um caráter persuasivo –, e não algo artificial.”²³

Dito isso, concorda-se com a conclusão de Karhawi²⁴ no sentido de que uma das principais razões que explica o fenômeno da influência é o fato de os influenciadores atuarem como “filtros” das informações que chegam ao seu público, o que é especialmente necessário em um ambiente de “abundância comunicacional” e somente é possível por reunirem os mencionados atributos de credibilidade, reputação e prestígio na visão dos seguidores que neles depositam sua confiança.

²² Sobre essa questão, Isaaf Karhawi chega a afirmar que “É importante considerar que o trabalho com um influenciador é o encontro de duas marcas. Por conta disso, a liberdade de criação é essencial quando lidamos com produtores de conteúdo digital e não com modelos ou celebridades.” (KARHAWI, Issaaf. op. cit., p. 56)

²³ BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. op. cit., p. 11.

²⁴ KARHAWI, Isaaf. op. cit, 2016.

Mas, além desses aspectos, as próprias técnicas empregadas na publicidade digital (que serão abordadas no item “I.d”) revelam estratégias específicas para captar a atenção do público e persuadi-lo: por exemplo, por meio da integração da mensagem publicitária a um conteúdo informativo produzido pelo influenciador, ou de testemunho pessoal atestando as qualidades do produto divulgado. Esses aspectos e técnicas, frequentemente, acabam por dificultar a identificação da publicidade, minando as defesas psicológicas dos consumidores a tais mensagens. E, se o consumidor médio adulto, capaz de compreender muitos dos mecanismos de convencimento empregados nas publicidades, está suscetível inconscientemente a tal influência, em se tratando de um público infantil, tais aspectos merecem ainda mais atenção.

I.b. O público infantil e sua condição de consumidor hipervulnerável

Descrito o sujeito emissor da mensagem publicitária – o influenciador digital (em especial aquele que produz conteúdo para o público infantil) –, passa-se a investigar os receptores da mensagem – as crianças expostas ao conteúdo publicitário. Em termos conceituais, por definição legal, criança é a pessoa com idade inferior a 12 anos de idade (“até doze anos incompletos”), por força do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo a “primeira infância” o período abrangido até os 6 primeiros anos ou 72 meses de vida da criança, conforme art. 2º da Lei 13.257/16 (Estatuto da Primeira Infância). Mas, visando apresentar adequadamente tais indivíduos, é preciso ir além de uma definição meramente cronológica, para compreender as peculiaridades de suas características biopsicológicas de pessoas em desenvolvimento, o que passa pelo necessário reconhecimento de sua condição de hipervulnerabilidade.

Para a construção desse conceito, parte-se da premissa de que os consumidores, por definição, assumem uma posição de vulnerabilidade na relação de consumo – o que se extrai do art. 4, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. É exatamente tal desequilíbrio que justifica a especial proteção pelo Código de Defesa do Consumidor. No caso da publicidade, por exemplo, todas as pessoas a ela expostas são equiparadas a consumidores por força do art. 29 do CDC e têm sua proteção contra publicidades ilícitas garantida pelos arts. 36 a 38 do referido Código.

O consumidor hipervulnerável, então, é o indivíduo que, além da vulnerabilidade genérica inerente à sua posição na relação de consumo (que pode ser de ordem fática, técnica, jurídica, informacional, entre outras), apresenta um agravamento dessa vulnerabilidade, em razão de uma característica individual – é o caso das crianças, idosos, pessoas com deficiência, pessoas com doença celíaca etc. – que necessitam de uma proteção mais específica do ordenamento jurídico, visando justamente restabelecer a igualdade material.

O conceito da hipervulnerabilidade foi consolidado na jurisprudência do STJ a partir de 2009, com o emprego pelo Ministro Antonio Herman Benjamin²⁵ e a sucessão de diversos julgados que passaram a adotá-lo, dentre os quais destacam-se trechos dos três seguintes acórdãos, por reconhecerem a hipervulnerabilidade específica das crianças:

(...) a emissora de televisão exibia programa vespertino chamado "Bronca Pesada", no qual havia um quadro que expunha a vida e a intimidade de *crianças e adolescentes* cuja origem biológica era objeto de investigação, tendo sido cunhada, inclusive, expressão extremamente pejorativa para designar tais *hipervulneráveis*.²⁶

(...) A possibilidade de confusão ou associação entre as marcas fica nítida no caso, pois, como é notório e as próprias embalagens dos produtos da marca "CHEE.TOS" e "CHEESE.KI.TOS" reproduzidas no corpo do acórdão recorrido demonstram, o público consumidor alvo do produto assinalado pelas marcas titularizadas pelas sociedades empresárias em litígio são as *crianças*, que têm inegável maior vulnerabilidade, por isso denominadas pela doutrina - o que encontra supedâneo na inteligência do 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor - como consumidores *hipervulneráveis*. (...) ²⁷

(...) A expressão 'necessitados' (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros - os miseráveis e pobres -, os *hipervulneráveis* (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as *crianças*, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no Welfare State, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados

²⁵ A origem do emprego do termo na jurisprudência brasileira remonta ao julgamento Recurso Especial nº 586.316-MG, que versava sobre o descumprimento da obrigatoriedade de os fabricantes da indústria alimentícia indicarem a presença de glúten e alertarem o risco que representa à saúde dos portadores de doença celíaca. No trecho em que emprega o conceito da hipervulnerabilidade, enuncia que “Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a ‘pasteurização’ das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 586.316**. Relator: Min. Herman Benjamin, MG, julgado em 17 de abril de 2007, publicado em 19 de março de 2009)

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1517973**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, PE, julgado em 16 de novembro de 2017, publicado em 01 de fevereiro de 2018. Grifou-se.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1188105**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, RJ, julgado em 05 de março de 2013, publicado em 12 de abril de 2013. Grifou-se.

processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de *minus habentes* impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana. (...) ²⁸

Diante de casos em que se verifica a condição de hipervulnerabilidade dos consumidores, para a sua efetiva proteção, é imprescindível o emprego da metodologia do “diálogo das fontes”, que consiste resumidamente na “necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema” ²⁹, o que é reconhecido tanto em âmbito doutrinário, quanto na jurisprudência do STJ, no sentido do enunciado neste trecho do julgamento do Recurso Especial nº 1.037.759/RJ:

Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. ³⁰

Assim, considerando a importância da aplicação simultânea e coordenada das fontes jurídicas para a mais completa proteção do hipervulnerável, deve-se observar, no caso das crianças, além do Código de Defesa do Consumidor e demais leis específicas que regulamentam a publicidade, as disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), por exemplo.

No ECA, como resultado da evolução do tratamento jurídico conferido às crianças e adolescentes, consagrou-se a “fase da proteção integral”, em que as crianças passaram a ser expressamente consideradas sujeitos dos direitos previstos na Constituição e nas demais leis, os quais podem ser exigidos em face da família, Estado ou sociedade (conforme garantido pelo art. 227, *caput*, da CRFB/88). O reconhecimento de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento pelo art. 227, §3º, V, da CRFB/88 é também reafirmado em diversos dispositivos do Estatuto (a exemplo dos artigos 6º, 15, 69, I, 71 e 121 do ECA).

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.264.116**. Relator: Min. Herman Benjamin, RS, julgado em 18 de outubro de 2011, publicado em 13 de abril de 2012. Grifou-se.

²⁹ Segundo Cláudia Lima Marques, em um momento posterior à descodificação, o diálogo das fontes visa à “eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não coerência”. (BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor** (versão digital). 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. RB-4.1). Com base em tal técnica, no caso da proteção das crianças e adolescentes, a aplicação do CDC deve ser coordenada à aplicação do ECA e demais legislações específicas.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1642318**. Relator: Min. Nancy Andrighi, MS, julgado em 07 de fevereiro de 2017, publicado em 13 de fevereiro de 2017.

Como princípio central que deve pautar o tratamento jurídico das crianças e adolescentes, destaca-se o princípio da proteção integral³¹, que pode ser definido, conforme sugerido por Paulo Henrique Fuller e Marco Antonio Araújo Jr.³², com base em duas perspectivas: (i) em seu aspecto subjetivo, significa que as normas protetivas devem alcançar universalmente todos os menores de 18 anos, por força do critério cronológico absoluto estabelecido no art. 2º do ECA³³, além de gerarem obrigação de cumprimento por todos (Estado, família e sociedade), conforme disposição do art. 227, *caput* da CRFB/88, reafirmada no art. 4º, “caput” e art. 70 do ECA; (ii) em seu aspecto material, significa que a proteção deve abranger todos os interesses e necessidades das crianças e adolescentes, de qualquer ordem (físicos, mentais, sociais etc.), tendo em vista que os direitos assegurados são indivisíveis.

Os princípios do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e da proteção integral são complementados, ainda, pelos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente (extraído do art. 100, parágrafo único, inciso IV, do ECA) e da prioridade absoluta (conforme disposições do art. 227, *caput*, da CRFB/88 e do art. 4º, parágrafo único, do ECA), os quais devem guiar a aplicação das normas aos casos concretos, visando resguardar o atendimento efetivo ao direito das crianças e adolescentes.

Além das fontes normativas já mencionadas, tem-se também a Resolução nº 163/2014 do Conanda (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente), mais especificamente voltada à publicidade infantil, que dispõe “sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente em conformidade com a política nacional de atendimento da criança e do adolescente (...)”, nos termos de seu art. 1º, fazendo referência em seguida a dispositivos do ECA. O método do diálogo das fontes é também reforçado pelo art. 3º da Resolução, segundo o qual

São princípios gerais a serem aplicados à publicidade e à comunicação mercadológica dirigida ao adolescente, além daqueles previstos na Constituição Federal, na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do adolescente, e na Lei nº

³¹ O princípio da proteção integral foi expressamente positivado no ECA em diversos dispositivos, como os artigos 1º, 3º, 100, parágrafo único, inciso II.

³² FULLER, Paulo Henrique Aranda; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio; BARROSO, Darlan. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

³³ Por força do art. 2º do ECA, considera-se criança a pessoa com idade inferior a 12 anos de idade (“até doze anos incompletos”) e, adolescente, a pessoa com idade a partir de 12 anos, enquanto não tenha completado 18 anos de idade (“entre doze e dezoito anos de idade”). (BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 01.07.2022)

8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, os seguintes:
(...)³⁴

A referida norma federal, foi, entretanto, alvo de questionamentos acerca de sua constitucionalidade, por diversas associações brasileiras ligadas a meios de comunicação, anunciantes e agências de publicidade, sob o argumento de que somente reconheciam o poder legislativo como legitimado para criar normas sobre publicidade comercial³⁵. Diante desse debate, Bruno Miragem emitiu parecer³⁶ ao Instituto Alana, opinando com brilhantismo pela constitucionalidade da Resolução Conanda nº 163/14, conforme a ementa abaixo reproduzida:

PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR. VULNERABILIDADE AGRAVADA DO CONSUMIDOR CRIANÇA RECONHECIDA PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PROIBIÇÃO LEGAL DA PUBLICIDADE ABUSIVA –ART. 37, §2º (APROVEITAR-SE DA DEFICIÊNCIA DE JULGAMENTO E EXPERIÊNCIA DA CRIANÇA). PROIBIÇÃO LEGAL DE PRÁTICA ABUSIVA – ART. 39, IV (PREVALECER DA FRAQUEZA OU IGNORÂNCIA DO CONSUMIDOR EM RAZÃO DA IDADE). Critérios de interpretação e aplicação da norma que podem ser fixados por norma regulamentar.

Concordância prática entre os direitos e liberdades fundamentais assegurados na Constituição brasileira: de proteção do consumidor (art. 5º, XXXII), da criança e do adolescente (art. 227), de livre iniciativa econômica (arts. 1º, IV e 170, caput) e de liberdade de expressão (arts. 5º, IX e 220, §3º). Proibição da publicidade abusiva. Critérios para interpretação do conceito que não desbordam dos limites da lei e da Constituição. Proporcionalidade da norma regulamentar.

LIMITES IMPOSTOS À COMUNICAÇÃO MERCADOLÓGICA DIRECIONADA A CRIANÇAS E ADOLESCENTES. CONCRETIZAÇÃO DE CRITÉRIOS INTERPRETATIVOS POR NORMA REGULAMENTAR, DE CONDUTAS EM PARTE IDENTIFICADAS COM O CONCEITO DE PUBLICIDADE, EM PARTE COM O DE PRÁTICA COMERCIAL. Unidade lógica do regulamento na proteção de crianças e adolescentes consumidores, em relação à conduta abusiva do fornecedor. RESOLUÇÃO Nº 163, DO CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – CONANDA –, QUE ESTABELECE CRITÉRIOS PARA DEFINIÇÃO DE PUBLICIDADE ABUSIVA POR VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Exercício da competência

³⁴ CONANDA. **Resolução nº 163/2014**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=268725>>. Acesso em: 01.07.2022.

³⁵ Nesse sentido é a nota pública divulgada em 07.04.2014 pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, com o seguinte conteúdo: “I – O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), órgão ligado à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, publicou, na última sexta-feira, a Resolução nº 163/2014, que, na sua essência, recomenda a proibição da publicidade infantil no Brasil. II – Diante de tal fato, as Entidades subscritoras, ao reafirmarem o seu compromisso com o Estado Democrático de Direito, informam que reconhecem o Poder Legislativo, exercido pelo Congresso Nacional, como o único foro com legitimidade constitucional para legislar sobre publicidade comercial. III – Por fim, confiam as subscritoras que a autorregulamentação exercida pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, é o melhor – e mais eficiente – caminho para o controle de práticas abusivas em matéria de publicidade comercial. Disponível em: <<https://www.abert.org.br/web/notmenu/nota-publica-publicidade-infantil.html>>. Acesso em: 26.06.2022.

³⁶ Parecer emitido por Bruno Miragem, em 01.08.2014 ao “Projeto Criança e Consumo” – Instituto ALANA. (MIRAGEM, Bruno. **A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda**. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf>. Acesso em: 08.09.2021.)

regulamentar para elaboração de normas para a Política Nacional de Atendimento dos Direitos da Criança e do Adolescente e sua execução. Norma secundária que fixa critérios para interpretação da publicidade e de práticas comerciais proibidas por lei.

Em apertada síntese, o Professor parte da constitucionalidade da limitação à atuação publicitária, na medida em que as garantias constitucionais à livre iniciativa econômica e à liberdade de expressão devem ser harmonizadas com a também constitucionalmente assegurada proteção do consumidor – prevista no art. 5º, XXXII, como direito fundamental, e no art. 170, V, como princípio conformador da ordem econômica. Desses dispositivos constitucionais extrai legitimidade o próprio Código de Defesa do Consumidor, que em seu art. 37, parágrafo 2º, caracteriza como publicidade abusiva aquela que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança.

Assim, considerando que o Conanda, conforme o art. 2º, I, da Lei 8.242/1991, detém competência para “elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990”, conclui-se que a edição da Resolução Conanda nº 163/2014 está em conformidade com suas atribuições legais de regulamentação de caráter complementar.

De fato, a CRFB/88 define ser competência privativa da União legislar sobre “propaganda comercial”, em seu art. 22, XXIX; contudo, a Resolução apenas regulamenta o disposto no art. 37, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, em relação à espécie de publicidade abusiva que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança – que, por demasiado ampla, torna difícil a aplicação em concreto. Ou seja, a Resolução nº 163/2014 apenas define critérios de interpretação para a norma do CDC, sem o propósito ou condão de proibir a publicidade dirigida à criança.

Sobre esse debate, em defesa da constitucionalidade da Resolução Conanda nº 163/2014, opina o Professor Guilherme Martins no sentido de que

Deve prevalecer, portanto, essa visão útil do regulamento, que completa a lei, com o fim de promover a própria efetividade da norma, no caso da proibição da abusividade da publicidade ou da prática comercial voltada a prejudicar crianças e adolescentes.

O regulamento, portanto, pode conter disposições distintas, desde que estas estejam expressa ou implicitamente permitidas pela Lei.³⁷

Bruno Miragem ressalta, ainda, outro ponto central que afasta o argumento contrário à regulamentação da publicidade com base em um suposto dever de educação das crianças como incumbência exclusiva dos pais, já que a Constituição da República é clara ao atribuir o dever de proteção da criança não somente à família, mas também ao Estado e à própria sociedade, solidariamente³⁸:

é afirmado no sistema jurídico brasileiro um dever comum, da família, da sociedade e do Estado na proteção da criança. Por esta razão, os deveres de cuidado que se atribuem à família não podem ser invocados – como por vezes se percebe na argumentação que visa deixar à conta exclusiva do poder familiar a educação e formação dos filhos – para afastar ou atenuar o dever do Estado.³⁹

Em uma visão geral do ECA, cabe ressaltar, como apontado por Guilherme Martins⁴⁰, que, apesar de não abordar diretamente a questão a publicidade dirigida às crianças, traz, nos arts. 71, 75 e 76, disposições sobre sua proteção perante a mídia e seu direito ao pleno acesso à informação⁴¹, à cultura e a produtos e serviços adequados ao seu consumo. De todo modo, a situação não deixa de ser tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro, em razão da existência de normas sobre publicidade no CDC, com fundamento direto na Constituição da República – inclusive em relação à necessidade de limitação da publicidade. E, muito embora o CDC enfoque de maneira geral a publicidade, a “deficiência de julgamento e experiência *da criança*” chega a ser expressamente mencionada no art. 37, parágrafo 2º, deixando claro o cuidado

³⁷ MARTINS, Guilherme Magalhães. A regulamentação da publicidade infantil no Brasil. A proteção do consumidor e da infância. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 102. São Paulo: Ed. RT, 2015. p 317.

³⁸ Nos termos do art. 277 da CRFB/88, “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 01.07.2022>. Acesso em: 01.07.2022)

³⁹ MIRAGEM, Bruno. op. cit., 2014, p. 15.

⁴⁰ MARTINS, Guilherme Magalhães. op. cit., p. 315.

⁴¹ Sobre o “pleno acesso à informação”, embora muitos juristas reconheçam o caráter informativo da publicidade, a despeito de seu intuito comercial, há divergência, sendo defendido por Isabella Henriques e Tamara Gonçalves que “a publicidade não se insere no direito à informação de que são titulares todas as crianças, visto que publicidade é um apelo comercial com o intuito de induzir e promover o consumo e não instrumento disseminador de informações. A publicidade insere-se no campo das relações de consumo, regidas por aspectos econômicos, diferindo-se completamente das relações envolvendo direitos fundamentais como o acesso à informação” (HENRIQUES, Isabella; GONÇALVES, Tamara A. **Publicidade de alimentos e crianças: regulação no Brasil e no mundo**. 1. ed. Editora Saraiva, 2015. p 26-27)

diferenciado que deve ser dispensado a esses consumidores hipervulneráveis, em razão de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

No contexto atual, marcado pelo hiperconsumo⁴², a preocupação com a exposição das crianças diante dos efeitos da publicidade se justifica, inclusive, por dados estatísticos. É o caso do levantamento realizado com base em dados do IBGE, pelo Instituto Locomotiva em parceria com a Dotz, que indicou que mais de 87% dos pais são influenciados pelos filhos ao fazerem compras em “shoppings”, supermercados e lojas de brinquedos, além de que 70% dos pais afirmam gastar mais nas compras de mercado quando estão acompanhados dos filhos⁴³.

Sobre o poder de influência das próprias crianças nas decisões de consumo tomadas pelos adultos (inclusive em relação a produtos não diretamente utilizados pelas crianças, como os produtos de utilidades domésticas), comenta Bruno Miragem:

Estudos recentes demonstram a importância de crianças e adolescentes na definição dos hábitos de consumo dos adultos, tanto em relação a produtos de interesse do menor, quanto da própria família. Esse “poder” da criança e do adolescente nas decisões de compra familiar, por sua vez, contrasta com a vulnerabilidade que apresentam em relação à atuação negocial dos fornecedores no mercado, por intermédio das técnicas de marketing. Neste sentido, se os apelos de marketing são sedutores aos consumidores em geral, com maior intensidade presume-se que o sejam em relação às crianças e adolescentes. Estes se encontram em estágio da vida em que não apenas permite que se deixem convencer com maior facilidade, em razão de uma formação intelectual incompleta, como também não possuem, em geral, o controle sobre aspectos práticos da contratação, como os valores financeiros envolvidos, os riscos e benefícios do negócio. Daí resulta que estejam em posição de maior debilidade com relação à vulnerabilidade que se reconhece a um consumidor standard. Esta vulnerabilidade agravada da criança é reconhecida no âmbito da publicidade, sendo que o próprio CDC estabelece o caráter abusivo da publicidade que venha a aproveitar-se da deficiência de julgamento da criança (artigo 37, § 2º).⁴⁴

Paradoxalmente, apesar de serem fortemente influenciadas pelas publicidades a elas dirigidas (em especial quando há uma ilicitude caracterizada), as crianças demonstram exercer forte influência sobre os adultos com quem convivem. Diante disso, Fernanda Costa de Azevedo defende que a condição de hipervulnerabilidade deve ser reconhecida não apenas à criança, mas, por extensão, também ao núcleo familiar em que está inserida, que deve ser

⁴² Termo cunhado pelo autor Gilles Lipovetsky (GILLES, Lipovetsky. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007).

⁴³ SCHNAIDER, Amanda. Influência dos filhos no supermercado é de 88%. **Revista Meio & Mensagem**. Disponível em: <<https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2019/12/19/influencia-dos-filhos-no-supermercado-e-de-88.html>>. Acesso em: 03.07.2022.

⁴⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 132.

equiparada a uma “coletividade hipervulnerável” exposta às práticas publicitárias, por aplicação do art. 29 do CDC. A hipervulnerabilidade do núcleo familiar se refletiria sobretudo nos seguintes aspectos:

técnico (a dificuldade de acesso e controle das informações acessadas pelas crianças nas mídias contemporâneas, seja pela falta de tempo ou por desconhecimento das tecnologias da informação como internet, redes sociais, apps etc.) e econômico (a influência que as crianças exercem nos hábitos de consumo familiar, situação que pode, inclusive, contribuir de modo significativo para o agravamento da situação financeira do núcleo familiar: o superendividamento das famílias).⁴⁵

Interessante observar que Gilles Lipovetsky, muito tempo antes, já observara tal fenômeno, comentando que

o modelo autoritarista está desqualificado, o filho hoje comunica suas preferências, exprime pedidos, dá sua opinião a respeito das escolhas parentais. O filho “mudo” faz parte de uma época finda: na situação atual, ele escolhe, emite solicitações, dá sua opinião por ocasião das compras, os pais levando em conta seus desejos e lhe transmitindo um estilo de consumo finalizado pelo prazer. Eis-nos na era da criança hiperconsumidora, escutada, tendo o direito de fazer as próprias escolhas, dispondo de uma parcela de poder econômico, controlando direta ou indiretamente uma parte das despesas das famílias.⁴⁶

Uma vez constatada a hipervulnerabilidade dos sujeitos em questão, no caso concreto, como consequência prática, Adalberto Pasqualotto e Flaviana Rampazzo Soares defendem que deve haver um maior rigor na análise da conduta do fornecedor, que tem de estar mais atento à observância dos deveres e princípios contidos no CDC. Em sua análise, “na hipervulnerabilidade é possível exigir do fornecedor um maior cuidado na formação desse vínculo com o consumidor e na sua execução, que pode não ser o mesmo de uma relação em que a hipervulnerabilidade não está presente”⁴⁷.

Observado tamanho impacto gerado em uma espécie de “efeito dominó”, impactando não apenas a vida da criança, como também a dinâmica de sua família – no que tange à sua autonomia, poder familiar, e controle financeiro –, busca-se compreender, inicialmente, de que forma a publicidade (em especial a ilícita) produz seus efeitos sobre as crianças.

⁴⁵ AZEVEDO, Fernando Costa de. O núcleo familiar como coletividade hipervulnerável e a necessidade de sua proteção contra os abusos da publicidade dirigida ao público infantil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo; v. 123, p. 20, 2019.

⁴⁶ LIPOVETSKY, Gilles. op. cit., p 119-120.

⁴⁷ PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flavia Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 113, p. 89, 2017.

I.c. Aspectos neuropsicológicos do desenvolvimento infantil com base na teoria de Jean Piaget: as crianças são capazes de compreender a publicidade e suas intenções?

Como dito, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece, tanto a nível constitucional quanto infraconstitucional, que as crianças possuem a condição peculiar de “pessoas em desenvolvimento”. Mas, o que isso significa, do ponto de vista neuropsicológico? Sendo certo que as crianças, desde cedo, vocalizam seus desejos de consumo aos pais e passam a influenciar, cada vez mais, os hábitos de consumo de toda a família, pergunta-se: em que estágio do seu desenvolvimento a criança passa de fato a assimilar a publicidade (e a intenção comercial por trás dela), formando uma vontade de consumo verdadeiramente consciente?

Para melhor compreender o assunto, recorre-se à teoria de Jean Piaget, professor e pesquisador em Psicologia que se dedicou ao estudo das fases do desenvolvimento cognitivo das crianças, tomando como base a obra “Seis estudos de psicologia”, na qual compara o processo de desenvolvimento mental a uma

edificação de um grande prédio que, à medida que se acrescenta algo, ficará mais sólido, ou à montagem de um mecanismo delicado, cujas fases gradativas de ajustamento conduziram a uma flexibilidade e uma mobilidade das peças tanto maiores quanto mais estável se tornasse o equilíbrio.⁴⁸

A primeira das fases observadas pelo autor foi a “sensório-motora”, que se desenvolve do nascimento até por volta de 1 ano e meio ou 2 anos, subdividindo-se em alguns estágios internos. Em um primeiro momento, estão presentes habilidades primárias como os atos reflexos, tendências instintivas, reconhecimento de pessoas em oposição a outras e aquisição de hábitos. Em um estágio mais avançado, surge a inteligência prática senso-motora, que aparece bem antes da linguagem interiorizada, que seria “o pensamento interior que supõe o emprego de signos verbais”⁴⁹. Mas essa inteligência é totalmente prática, voltada à manipulação de objetos, sem a utilização de palavras ou conceitos, com a exploração de percepções e movimentos e interação com objetos. Ou seja, a criança começa a interagir com o mundo externo, por meio de gestos e intervenções físicas.

⁴⁸ PIAGET, Jean. **Seis estudos de psicologia**. Tradução: Maria Alice Magalhães D'Amorim e Paulo Sérgio Lima Silva. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 14.

⁴⁹ PIAGET, Jean. op.cit., p. 19.

Apesar dessa interação física, a fase sensório-motora é fortemente caracterizada pelo “egocentrismo” – termo cujo sentido deve ser compreendido com cautela, pois, diferentemente do sentido atribuído pelo senso comum, nesse contexto, exprime o sentido de “uma indiferenciação entre o eu e o mundo exterior, e não de uma hipertrofia narcísica da consciência do eu”⁵⁰.

Dos 2 aos 7 anos, tem início uma nova fase, do “pensamento pré-operatório”, que desperta maior interesse à análise deste trabalho. Ainda na primeira infância, ocorre o que Jean Piaget chama de “gênese do pensamento”, por meio da transição gradual da inteligência prática (ou senso-motora) ao pensamento propriamente dito, com o início da apreensão da linguagem e a consequente “socialização das ações”, a partir da interação e comunicação. Contudo, o início desse processo ainda apresenta como característica o egocentrismo. Assim explica o autor:

durante as idades de dois a sete anos, encontram-se todas as transições entre duas formas extremas de pensamento, representadas em cada uma das etapas percorridas durante este período, sendo que a segunda domina pouco a pouco a primeira. A primeira destas formas é a do pensamento por incorporação ou assimilação puras, cujo egocentrismo exclui, por consequência, toda objetividade. A segunda destas formas é a do pensamento adaptado aos outros e ao real, que prepara, assim, o pensamento lógico. Entre os dois se encontra a grande maioria dos atos do pensamento infantil que oscila entre estas direções contrárias.⁵¹

Analisado à luz dos impactos sofridos pela publicidade, o egocentrismo presente na maior parte do desenvolvimento infantil torna a criança mais suscetível às influências publicitárias, na medida em que a não compreensão do “outro” (a empresa anunciante, no caso) impede a percepção de das intenções comerciais subjacentes, como apontado por Andres Rodriguez Veloso:

O egocentrismo também faz que a criança não consiga imaginar os objetivos de outrem. Assim, ela não compreende as intenções de uma propaganda. Não compreende que há uma empresa por trás daquelas cenas apresentadas na televisão e que existe uma função para aquele comercial. Por conseguinte, muitas vezes o infante não consegue nem distinguir corretamente nem a diferença entre o comercial e a programação televisiva, situação ainda mais agravada quando os produtos ou marcas são inseridos diretamente nesta última.⁵²

Nesse momento inicial de transição (“pré-conceitual”), por volta dos 2 aos 4 anos, ainda são muito comuns os “jogos simbólicos”, ou jogos de imaginação e imitação, como, por

⁵⁰ PIAGET, Jean. op.cit., p. 30

⁵¹ PIAGET, Jean. op.cit., p. 28

⁵² VELOSO, Andres Rodriguez; HILDEBRAND, Diogo; CAMPOMAR, Marcos Cortez. **Marketing e o mercado infantil**. 2012, p. 21-22.

exemplo, brincar de boneca, carro, de “fazer comidinha”. Embora esses jogos constituam uma atividade real do pensamento, segundo Jean Piaget, ela ainda é duplamente egocêntrica, na medida em que

Sua função consiste em satisfazer o eu por meio de uma transformação do real em função dos desejos: a criança que brinca de boneca refaz sua própria vida, corrigindo-a à sua maneira, e revive todos os prazeres ou conflitos, resolvendo-os, compensando-os, ou seja, completando a realidade através da ficção. Em suma: o jogo simbólico não é um esforço de submissão do sujeito ao real, mas, ao contrário, uma assimilação deformada da realidade ao eu.⁵³

Em outras palavras, o pensamento egocêntrico permanece presente nesse momento, apenas misturado a elementos de fantasia e sonho. É possível observar que, especialmente nessa fase, uma publicidade que misture elementos reais e fantasiosos pode ser especialmente danosa à criança, por não apresentar meios de distinguir claramente uma coisa da outra. Exemplo interessante que poderia ser acrescentado a essa reflexão é o do comercial do traje do *Suberboy*, relatado por Rizzatto Nunes⁵⁴, em que, em síntese, um adolescente do sexo masculino, ao ouvir gritos de socorro de uma moça em um acidente de trânsito entre seu carro e um caminhão-tanque de gasolina, veste sua roupa de super-herói e salta pela janela de um edifício, voando para acudi-la da iminente explosão, retirando-a das ferragens do carro em que se encontrava presa e, em seguida, soprando o fogo para apagá-lo.

O fato de a criança, no estágio de desenvolvimento descrito por Piaget, misturar traços de realidade e ficção, torna extremamente perigoso o anúncio publicitário em questão, pelo risco de que os elementos da realidade (como a altura de um edifício e a iminência de uma explosão) sejam confundidos com os elementos fantasiosos (os super-poderes adquiridos pelo herói ao vestir seu uniforme, que o permitem pular pela janela, sair voando em direção à moça em apuros e salvá-la rapidamente, apagando o fogo com o sopro). Certamente, tal publicidade poderia induzir uma criança a praticar comportamentos que coloquem em risco a sua integridade física.

Além do mais, as ações e conclusões tomadas com base na intuição são uma marca do comportamento das crianças na primeira infância. Dos 4 aos 7 anos, no período intuitivo, anterior a um pensamento lógico-racional, percebe-se um pensamento verbal, porém “mais distante do real do que a própria intuição”⁵⁵, tendendo também ao “animismo”, que seria a

⁵³ PIAGET, Jean. op.cit., p. 28-29

⁵⁴ NUNES, Rizzatto, **Curso de direito do consumidor**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 1034.

⁵⁵ PIAGET, Jean. op.cit., p. 30.

atribuição de vida e intenção às coisas. Isso porque, em razão do egocentrismo ainda presente, as crianças tendem a fazer afirmações e formular conclusões sem se preocupar em validá-las ou comprová-las. Simplesmente tomam por verdadeira determinada premissa (por exemplo, no caso do anúncio exemplificado, poderiam tomar por verdadeiro que o traje do *Superboy* conferiria os mesmos poderes sobre-humanos visualizados na publicidade).

À medida que o egocentrismo puro passa a dar lugar à socialização, com a percepção da figura do “outro”, compreendida como distinta do “eu”, as crianças desenvolvem sua vida social, por volta dos 7 a 12 anos de idade, no estágio operatório-concreto. Jean Piaget considera a idade de 7 anos um marco decisivo no desenvolvimento da criança, em razão do começo da escolaridade – diante do que cabe o apontamento de que, na atualidade, observa-se o ingresso cada vez mais precoce das crianças nas escolas, em especial devido à inserção das mulheres no mercado de trabalho.

De todo modo, independentemente do momento cronológico exato de seu início, é a partir desse processo de socialização que a criança começa a distinguir o ponto de vista dos outros e o seu próprio, passando a construir argumentações, “porque comportam compreensão a respeito dos pontos de vista do adversário e procura de justificações ou provas para a afirmação própria.”⁵⁶. A partir de 7 ou 8 anos, a criança começa a pensar antes de agir, iniciando um processo de reflexão, que seria uma “conduta social de discussão interiorizada”⁵⁷. Sob o ponto de vista da aplicação de tais conclusões à questão da influência no consumo da família, tudo indica que, nesse momento, a criança passe a tentar convencer os pais a comprarem determinados produtos, agora por meio de argumentos lógicos, exercendo, assim, maior poder de influência.

Nesse momento, em que as crianças começam realmente a compreender jogos que contenham regras previamente estipuladas (como jogos de tabuleiro), também surge a assimilação do conceito de “vencedor”. Com base nisso, pode-se deduzir que a consciência de dissociação entre o “eu” e os “outros” gera um sentimento de autocomparação e competitividade, além de uma necessidade social de se sentir aceito e incluído no grupo, na

⁵⁶ PIAGET, Jean. op.cit., p. 41.

⁵⁷ PIAGET, Jean. op.cit., p. 42.

medida em que na convivência social das crianças entre si, parte-se da atribuição de um “valor pessoal equivalente”⁵⁸ entre elas, que se diferencia da relação de subordinação aos pais.

Analisando tal questão sob o ponto de vista da publicidade, em especial para crianças que se encontrem nessa fase, é essencial que as mensagens publicitárias não estimulem qualquer tipo de sentimento de discriminação (como o clássico “eu tenho, você não tem”), sob pena de influenciar negativamente na relação saudável entre a criança e o grupo social em que convive. Também não deve ser estimulado o sentimento de que, para pertencer a determinado grupo, a criança precise possuir determinado produto.

Sobre esse ponto, Gilles Lipovetsky apresenta a seguinte reflexão sobre o paradoxal sentimento de inclusão e exclusão através do consumo, que se expressa inclusive na infância da “criança hiperconsumidora”:

Os jovens, em particular, valorizam a dimensão pessoal de seu consumo (roupas, música, lazeres), os signos capazes de distingui-los de seus grupos de pares. Daí em diante, mesmo os menos privilegiados pretendem ter acesso aos signos emblemáticos da sociedade de hiperconsumo e manifestam aspirações e comportamentos individualistas, mesmo que seja na obediência à moda.

(...) importa cada vez mais, para o indivíduo, não ser inferiorizado, atingido em sua dignidade. É assim que a sociedade de hiperconsumo é marcada tanto pela progressão dos sentimentos de exclusão social quanto pela acentuação dos desejos de identidade, de dignidade e de reconhecimento individual.⁵⁹

É também entre os 7 e 12 anos que surge uma organização da vontade, juntamente à regulação da vida efetiva e a sentimentos morais. Sobre o conceito de “vontade”, o autor alerta para uma frequente confusão de seu significado com o sentido de desejar algo, quando, na acepção empregada em sua teoria, assume o sentido de priorizar uma tendência mais fraca e superior (como um dever, por exemplo, de estudar) em detrimento de uma tendência mais forte e inferior (como, por exemplo, o desejo de brincar). Nas palavras de Jean Piaget:

Quando o dever é momentaneamente mais fraco que um desejo definido, ela [a vontade] restabelece os valores segundo sua hierarquia anterior e postula sua conservação ulterior, fazendo, assim, primar a tendência. É, portanto, natural que a vontade se desenvolva durante o mesmo período que as operações intelectuais, enquanto que os valores morais se organizam em sistemas autônomos comparáveis aos agrupamentos lógicos.⁶⁰

⁵⁸ PIAGET, Jean. op.cit., p. 53.

⁵⁹ LIPOVETSKY, Gilles. op. cit., p. 192.

⁶⁰ PIAGET, Jean. op.cit., p. 57.

Interessante extrair disso que, embora a criança ainda esteja em processo de desenvolvimento cognitivo e, por muitos outros fatores, seja suscetível aos apelos publicitários, por outro lado, começa a surgir um mecanismo de espécie de resistência interna aos impulsos mais imediatos. Por outro lado, compreendendo-se a vontade como regulação da energia e o interesse como seu fator regulador, é natural que a criança escolha dispendar energia em torno de algo que nela desperte interesse. Transpondo-se tal observação à questão da publicidade, conclui-se que o anúncio tem de ser suficientemente atrativo para capturar e manter a atenção da criança, sob pena de que esta se disperse. Para isso, são empregadas técnicas de integração entre o conteúdo de entretenimento e o conteúdo patrocinado – que serão analisadas no próximo subcapítulo – as quais representam sério desafio à adequada identificação da publicidade como tal.

Ao comparar, de maneira geral, o pensamento das crianças⁶¹ com o pensamento dos adultos, com base nas conclusões de Piaget, observa-se que, embora haja identidade quanto ao mecanismo de executar uma ação por impulso de uma necessidade ou interesse⁶² (por exemplo, se a criança deseja a obtenção de determinado produto, irá agir de forma a convencer seus pais a comprarem), há diversas “estruturas variáveis” nesse processo, a própria determinação dos interesses e necessidades que justificam a vontade de compra de um produto. Na explicação de Piaget,

este mecanismo funcional, por mais geral que seja, não explica o conteúdo ou a estrutura das diferentes necessidades, pois cada uma dentre elas é relativa à organização do nível considerado. Por exemplo, a visão de um mesmo objeto suscitará diferentes perguntas em uma criança ainda incapaz de classificação e em uma maior, cujas idéias são mais amplas e mais sistemáticas. Os interesses de uma criança dependem, portanto, a cada momento do conjunto de suas noções adquiridas e de suas disposições afetivas, já que estas tendem a completá-los em sentido de melhor equilíbrio.⁶³

⁶¹ Segundo a teoria de Piaget, a maioria das crianças (considerados os indivíduos com idade inferior a 12 anos) apenas desenvolvem seu pensamento até o estágio operatório-concreto, pois é somente após os 11 ou 12 anos de idade (ou seja, no início da fase da adolescência) que tem início o estágio do pensamento operatório-abstrato. Ou seja, até o final da infância, muito provavelmente, as crianças ainda não terão completado o seu desenvolvimento cognitivo de maneira plena. Nas palavras do autor: “Como as operações assim definidas só terminam por volta de 7 ou 8 anos, existe, portanto, um período ‘pré-operatório’ do desenvolvimento, que corresponde ao que chamei, antes, de período ‘pré-lógico’. As operações se constituem em duas etapas sucessivas: uma ‘concreta’, entre 7 e 11 anos, mais próxima da ação, e a outra ‘formal’ ou proposicional, somente depois de 11-12 anos”. (PIAGET, Jean. op.cit., p. 70)

⁶² Nas palavras de Piaget, “toda ação – isto é, todo movimento, pensamento ou sentimento – corresponde a uma necessidade. A criança, como o adulto, só executa alguma ação exterior ou mesmo inteiramente interior quando impulsionada por um motivo e este se traduz sempre sob a forma de uma necessidade (uma necessidade elementar ou um interesse, uma pergunta etc)” (PIAGET, Jean. op.cit., p. 15-16)

⁶³ PIAGET, Jean. op.cit., p. 16

Por outro lado, também é variável a conduta que será adotada pela criança para a obtenção do produto objeto de interesse. Em geral, sendo as crianças dependentes da decisão de compra pelos pais, são esperadas atitudes como pedir, insistir, argumentar, fazer “pirraça” etc. Mas a própria publicidade pode influenciar no tipo de “estratégia” utilizada, muitas vezes de forma abusiva, incentivando comportamentos reprováveis.

Por exemplo, no caso clássico de uma publicidade de tênis da Xuxa mencionado por Paulo Scartezzini⁶⁴, o anúncio sugeria que as crianças jogassem fora os tênis que possuíssem para que os pais comprassem os anunciados. Apesar de esse resultado, em uma análise lógica e madura, não ser o mais provável, tendo em vista que os pais não teriam motivos para “premiar” tal atitude reprovável, a criança, em seu pensamento mais impulsivo do que reflexivo, poderia ser efetivamente convencida a fazê-lo.

Retomando o debate teórico sobre a influência dos estudos de Jean Piaget e outros autores⁶⁵ sobre o desenvolvimento cognitivo infantil, interessante mencionar que, em parecer recentemente emitido pelo Conselho Federal de Psicologia acerca da publicidade infantil (sobretudo a publicidade de alimentos), em 23.03.2021, diante do debate mobilizado em torno da proposição de Projetos de Lei⁶⁶ que buscavam proibir a publicidade infantil, o Conselho emitiu o seguinte posicionamento, contrário à propaganda dirigida às crianças:

É nesses termos que a Psicologia, enquanto área, preocupa-se com a ausência de medidas que impeçam a exposição das crianças à propaganda ou com a existência de restrições brandas a essas atividades, que acabam por expor as crianças a vivências que impactam o desenvolvimento, os processos de construção de si mesmos e causam prejuízos para suas vidas e saúde. É por esse motivo que o CFP posiciona-se fortemente contrário à propaganda para crianças.⁶⁷

⁶⁴ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 147.

⁶⁵ O parecer, além de mencionar Piaget, faz referência também a outros autores como Lev Vigotski e Henri Wallon, reforçando que, “independentemente do corpo teórico adotado na Psicologia do Desenvolvimento, é comum o entendimento de que o desenvolvimento cognitivo, afetivo, motor, social e cultural da criança e do adolescente é distinto do desenvolvimento adulto e processos psicológicos complexos estão em andamento e em fase de construção e consolidação.” (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Parecer sobre publicidade infantil nº 8/2021/GTEC/CG**. Processo nº: 576600003.000108/2021-86. Assinado por Ana Sandra Fernandes Arcoverde em 23 de março de 2021. p. 2.)

⁶⁶ O parecer refere-se aos “PLs 5921/2001 e 702/2011 na Câmara dos Deputados e PLs 360/2012 e 493/2013 no Senado. Exceto o PL 702/2011, que se encontra em tramitação, os demais foram arquivados em 2018 e 2019, conforme Regimentos da Câmara dos Deputados e do Senado, por terem findadas as legislaturas.”. (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. op. cit., p. 1.)

⁶⁷ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. op. cit., p. 2.

Com base em tais análises, é evidente, considerando-se que o desenvolvimento cognitivo das crianças não está completo, como bem reconhecido pelas normas brasileiras, a necessidade de que as características e limitações de cada momento devam ser particularmente consideradas para fins de verificação da adequação da mensagem publicitária, visando evitar a causação de danos a esse público.

I.d. Características da publicidade realizada pelos influenciadores e técnicas de persuasão adaptadas ao meio digital

Analisados os sujeitos que participam como produtor e destinatário da publicidade digital infantil, passa-se ao estudo das características da publicidade realizada nesse meio. Conforme conceituação proposta por Lucia Ancona Dias, a publicidade seria o meio através do qual se levaria ao conhecimento dos consumidores em geral a existência de bens e serviços para eventual aquisição⁶⁸. A autora lembra ainda que, apesar de o termo derivar do vocábulo latino *publicus*, está afastado da dicotomia entre público e privado, devendo ser entendido no sentido de levar algo ao conhecimento de todos.

No meio publicitário, é tida como relevante a diferenciação conceitual entre publicidade e propaganda. Ambas são técnicas de persuasão; contudo, enquanto a publicidade apresenta necessariamente um objetivo mercadológico – seja ele a venda de um produto ou serviço ou o posicionamento de uma marca no mercado –, a propaganda não necessariamente terá viés econômico, de modo que nela a difusão de ideias pode ter diversas finalidades – por exemplo, política ou mesmo religiosa (esta relacionada à sua origem etimológica).

Tal distinção importa também ao Direito na medida em que

A doutrina majoritária consumerista entende que as normas de defesa do consumidor se voltariam apenas à publicidade comercial, e não à propaganda, dado que esta última não teria o pressuposto de lucro, no sentido mercantilista da palavra, para a aplicação das normas que regulamentam a publicidade enganosa e abusiva. A propaganda não estaria atrelada a uma possível relação de consumo. Ganhar adesões a determinada ideia não significa aqui estimular o ato de compra de um produto, mas alastrar pensamentos e percepções de mundo, ainda que, no limite e indiretamente, esse movimento possa levar a escolhas econômicas.⁶⁹

⁶⁸ DIAS, Lucia Ancona L. de M. Publicidade e Direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁶⁹ DIAS, Lucia Ancona L. de M., op. cit., p. 27-28

Levando-se em consideração que o caráter mercadológico caracteriza a publicidade, por definição, importante lembrar que o conceito abarca tanto a mensagem que visa estimular diretamente a compra de produto ou serviço – denominada “publicidade promocional”⁷⁰ –, quanto a que o faz de modo indireto, por meio da divulgação da marca para que esta se fixe no mercado com uma imagem positiva – denominada “publicidade institucional”⁷¹ – têm como resultado ou expectativa final o aumento das vendas da empresa anunciante. Portanto, ambas se sujeitam ao controle do art. 37 do CDC. Ademais, para que se possa falar em publicidade, antes de tudo, deve o influenciador estar recebendo contraprestação econômica para realizar a divulgação⁷², seja através de pagamento em dinheiro (o que se convencionou chamar de “publi” no meio digital), seja através do recebimento do próprio produto ou serviço divulgado (a chamada “permuta”).

A despeito das diferenças conceituais apontadas pelos publicitários entre propaganda e publicidade, percebe-se uma atecnia no emprego dos termos na legislação brasileira, como se pode observar no art. 220, parágrafo 4º, da CRFB, que se refere à “propaganda comercial” no lugar de “publicidade comercial”, bem como no art. 56, XII e art. 60 do CDC, ao regulamentar a chamada “contrapropaganda”, que poderia ser mais adequadamente denominada “contrapublicidade”. De todo modo, cabe ao julgador analisar, na situação concreta, se há ou não intuito comercial, para que se possa, em caso positivo, aplicar as normas do CDC, com base em seu art. 29⁷³.

Definidos os limites do que se entende por publicidade, especialmente para fins de regulamentação e fiscalização, cabe atualizar a aplicação prática da teoria, considerando as tecnologias da atualidade. No tipo de publicidade enfocado por este trabalho, a clássica tríade de agentes da publicidade – anunciante, agência de publicidade e veículos⁷⁴ – precisaria ser adaptada para alocar o influenciador.

⁷⁰ Denominação empregada por DIAS, Lucia Ancona L. de M. op. cit., p. 58.

⁷¹ Denominação empregada por DIAS, Lucia Ancona L. de M. op. cit., p. 58.

⁷² Ressalvado o caso de “endosso publicitário” realizado pela empresa diante de postagem espontânea realizada por consumidor, hipótese já considerada pelo Conar como publicidade, para efeitos de responsabilização da empresa, na Representação nº 278/2013.

⁷³ Conforme interpretação do art. 29 do CDC, pelo fato de serem equiparados a consumidores as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais dispostas no capítulo V do Código, dentre as quais a publicidade.

⁷⁴ Considerados “agentes da publicidade” por DIAS, Lucia Ancona L. de M. p. 35-37.

Tal tarefa não é simples, pois o influenciador pode se confundir com o próprio anunciante, no caso de divulgar produtos de sua própria marca ou linha de produtos – como na situação analisada na Representação nº 091/20 do Conar, em que o influenciador infantil Luccas Netto realizou publicidade para sua própria linha de brinquedos na “Loja do Luccas Toon”. E, ainda que não seja esse o caso, ou seja, estando o influenciador a divulgar uma marca que não é sua, seu trabalho converge, ao menos, aspectos de agência de publicidade e veículo.

Isso porque, traçando-se um paralelo com a propaganda televisiva, o papel do influenciador, por um lado, não se encerra nos limites do de uma agência publicitária, que prepararia a peça de publicidade a ser previamente aprovada pelo anunciante e posteriormente enviada à emissora para divulgação; por outro, tampouco equivale ao do veículo de comunicação, já que não recebe do anunciante a peça pronta apenas para divulgar em seu “canal” na internet, além de depender da própria página ou rede social em que se hospeda o perfil. Fato é que a atividade do influenciador depende de criatividade e comunicação para a criação do conteúdo publicitário, similarmente ao papel da agência, como também do alcance e visibilidade proporcionados pela exibição em seu perfil, o que o aproxima do próprio veículo de comunicação, embora dependa da existência da plataforma digital.

Sem dúvidas, a dinamicidade e fluidez das novas formas de *marketing* digital desafiam as classificações e conceitos mais tradicionais da publicidade, como já demonstrado, aliás, pelas diferenças apontadas em relação ao papel das celebridades em outros tipos de mídias. Entretanto, não há dúvidas de que, independentemente do meio em que seja veiculada a publicidade, será igualmente abarcada pelo CDC, como se depreende do. 37, parágrafo 1º, pela referência a “*qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário*”, deixando claro não importar o veículo de comunicação, mas a finalidade publicitária:

No tratamento da publicidade enganosa, note-se que a *textualia* aberta do §1º do art. 37 do CDC alcança outras práticas mercadológicas que possam induzir o consumidor em erro, além, é claro, da clássica e tradicional publicidade televisiva ou impressa de jornais e revistas. (...) Da mesma forma se subsumem ao controle legal a chamada publicidade virtual, veiculada na internet (sites, e-mails, twitter, blogs) ou por meio da conexão da internet a dispositivos móveis (celulares e computadores), além do conhecido “SMS” (mensagem de texto via celular) enviado pelas prestadoras de serviço de telefonia.⁷⁵

⁷⁵ DIAS, Lucia Ancona L. de M. op. cit., p. 31.

E não poderia ser diferente, sob pena de se deixar desprotegido um expressivo número de consumidores que realizam compras online e estão sujeitos à publicidade digital – número este que, no cenário econômico brasileiro afetado pela Pandemia do COVID-19, registrou crescimento de 47% apenas no primeiro semestre de 2020 (a maior alta em 20 anos), segundo pesquisa da Ebit | Nielsen⁷⁶.

Sobre o comércio eletrônico, comentam Gabriel Rocha Furtado e Vitor Almeida em artigo que compõe a relevante obra “Direito Digital: direito privado e internet”, coordenada pelos professores Guilherme Magalhães Martins e João Victor Rozatti Longhi:

Desamparados por uma legislação protetiva específica a respeito do comércio eletrônico, os consumidores são expostos a novos riscos e sujeitos a uma gama inteiramente nova de práticas comerciais abusivas de fornecedores virtuais, agravadas pela impessoalidade e velocidade das transações virtuais. Diante da inércia do legislador ordinário, ao intérprete se impõe uma interpretação extensiva e finalística das normas consumeristas, cujo objetivo é fornecer segurança e tutelar a confiança dos ciberconsumidores. (...)

Enquanto se aguarda uma posição do legislador infraconstitucional, não deve haver dúvidas quanto à incidência das normas de defesa do consumidor albergadas no Código vigente ao comércio eletrônico, mesmo diante de suas peculiaridades e da ausência de regras específicas, mesmo porque sua promulgação é anterior ao desenvolvimento e expansão da Internet no país. (...)

Além disso, o Marco Civil da Internet assegurou a defesa do consumidor tanto como um dos fundamentos da disciplina do uso da Internet no Brasil (art. 2º, V), bem como assegurou a aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo na internet como um dos direitos dos usuários (art. 7º, XIII). Assim, resta claro que embora o Marco Civil da Internet não discipline especificamente a proteção do usuário-consumidor, ele assegurou a defesa do consumidor como um de seus pilares, deixando para lei específica o tratamento do tema.⁷⁷

Dentre as formas ou técnicas publicitárias frequentemente adotadas no meio digital, ressaltam-se as seguintes, que serão estudadas na sequência: *unboxing*, publicidade testemunhal (por meio das “resenhas”), *native advertising*, e *product placement*.

A forma de produção de conteúdo digital chamada *unboxing* (que pode ou não conter finalidade publicitária), consiste na gravação de vídeos desempacotando um produto recebido, com o frequente registro das primeiras impressões e reações de quem o recebe. A divulgação

⁷⁶ SCHNAIDER, Amanda. E-commerce cresce 47%, maior alta em 20 anos. **Revista Meio & Mensagem**. Disponível em: <<https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2020/08/27/e-commerce-cresce-47-maior-alta-em-20-anos.html>>. Acesso em: 04.09.2021.

⁷⁷ FURTADO, Gabriel Rocha; ALMEIDA, Vitor. In: DE SOUZA, Allan Rocha et al. **Direito digital: direito privado e internet (versão eletrônica)**. 4. ed. Editora Foco, 2021. p. 1095-1097.

de tal conteúdo, quando presente o caráter publicitário, visa aguçar o interesse de potenciais consumidores em viver a mesma experiência de compra e utilização do produto. Pode também ser realizado pelo consumidor e internauta que queira espontaneamente compartilhar a experiência com seus seguidores ou gerar conteúdo para o nicho que o acompanha, sem intenção comercial. Nesses casos, não será considerado publicidade, pois, para que se caracterize como tal, deve haver o recebimento de contraprestação econômica pelo influenciador (comumente o próprio produto recebido) – ainda que não haja contrato formalizado ou sequer tenha havido solicitação do envio. Acertadamente, Lucia Ancona assim o considera sobre a prática do *unboxing* por *youtubers* mirins:

ao contrário do que se pode imaginar, na maior parte das vezes, eles apresentam natureza publicitária, *i.e.*, intuito comercial. Tal intuito pode ser revelado tanto diretamente – quando o influenciador é formalmente contratado pelo anunciante – quanto indiretamente, na hipótese, por exemplo, de a criança receber em sua casa, ainda que gratuitamente e sem qualquer solicitação prévia, produtos para demonstração. Em ambos os casos, parece-nos correto afirmar que o anunciante deseja motivar o chamado *unboxing* para uma audiência infantil, de modo que, verificado tal intuito comercial e consequente aproveitamento por parte da empresa, tais vídeos se qualificam como verdadeiras “peças publicitárias”, cujos resultados gerados recaem igualmente sobre o anunciante, corresponsável pelo cumprimento da legislação.⁷⁸

A resenha, outra forma de produção de conteúdo digital, traz implicações semelhantes, podendo ser ou não realizada com intuito publicitário, e, quando presente, podendo ser remunerada pecuniariamente ou pelo recebimento do próprio produto. Essa incerteza do público sobre as intenções por trás do vídeo é um grande desafio para a proteção dos consumidores. Por força do princípio da identificação contido no art. 36 do CDC⁷⁹, extrai-se que é dever do influenciador sinalizar de modo efetivo tratar-se de publicidade, sobretudo nesses casos em que o formato da comunicação, por si só, não deixe claro o intuito comercial ou o patrocínio do conteúdo pela marca.

Considerando que a resenha consiste, em linhas gerais, em um vídeo contendo opiniões pessoais sobre características e qualidades de um produto experimentado, quando realizado por um influenciador que se apresenta como espécie de autoridade no assunto, gera expectativa de resultado semelhante pelo público incentivado ao consumo, aproximando-se da técnica da publicidade testemunhal. Esta não deve ser confundida com a mera dramatização ou

⁷⁸ DIAS, Lucia Ancona L. de M. op. cit., p. 318.

⁷⁹ Nos termos do art. 36, “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal” (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 01.07.2022)

demonstração do uso do produto, como se costuma ver em publicidades televisivas, em cenas em que os atores simulam situações cotidianas, por exemplo. Também não configura publicidade testemunhal aquela em que o influenciador se limita a apresentar o produto de forma objetiva, reproduzindo as informações técnicas indicadas pelo fabricante, sem acrescentar comentários pessoais.

Na publicidade testemunhal, o endossante expressa suas próprias experiências ou conhecimentos acerca do produto ou serviço anunciado e suas características, o que agrega forte efeito persuasivo, já que os consumidores tendem a conferir maior credibilidade às opiniões de terceiros do que às manifestações do próprio anunciante⁸⁰. Por esse motivo, além de observar o princípio da identificação, devem conferir ainda mais atenção ao princípio da veracidade (arts. 6º, III e IV e art. 31, ambos do CDC), sob pena de caracterização de publicidade enganosa (art. 37, parágrafo 1º, do CDC), incluindo a hipótese de serem omitidas eventuais informações conhecidas sobre o produto, por serem tidas como negativas.

Já o *native advertising* (traduzido do inglês como “publicidade com formatação nativa”) ou “*marketing* de conteúdo”, técnica mais recentemente desenvolvida para captar a atenção dos internautas e evitar que “fujam” dos anúncios, é definido como uma publicidade que apresenta “formato integrado ao conteúdo oferecido no meio interativo digital” pelo influenciador que o realiza⁸¹. Nesse tipo de publicidade, o anúncio é inserido em uma postagem com as mesmas características dos conteúdos regularmente publicados pelo influenciador (*design*, formatação, estilo de comunicação etc.). Tratam-se comumente dos “publiposts” ou “publieditoriais”, ou seja, postagens patrocinadas por empresas anunciantes.

Diante dessa problemática, ressalta-se novamente a importância de identificação da publicidade como tal, de modo claro e inequívoco, o que costuma ser feito pelo acréscimo da palavra “publi” (também em formato de *hashtag*: “#publi”) ou “publicidade”. A rede social Instagram, em atualização relativamente recente, acrescentou às suas “ferramentas de conteúdo de marca” a funcionalidade de fixar acima do post o aviso “parceria paga com [perfil da empresa anunciante no Instagram]”, de modo a vincular o post produzido ao patrocínio da empresa indicada. Segundo a própria rede social, a ferramenta visa “oferecer transparência e consistência

⁸⁰ DIAS, Lucia Ancona L. de M. op. cit., p. 344-345.

⁸¹ DIAS, Lucia Ancona L. de M. op. cit., p 323.

para o conteúdo de marca no Instagram” e “ajudar os criadores a divulgar quando uma publicação resulta de uma parceria”⁸².

Por sua vez, o *product placement* (traduzido como “colocação do produto”) é uma técnica ainda mais sutil de publicidade, conhecida popularmente como *merchandising*, que consiste na exibição ou referência a um produto ou marca, visual ou verbalmente, durante uma exibição audiovisual. Originada no cinema, a prática foi posteriormente difundida à mídia televisiva e, na atualidade, vem ganhando novos espaços, inclusive o das mídias digitais, por meio do aparecimento aparentemente aleatório de determinada marca ou produto em postagens diversas.

Vale salientar que, a princípio, o *product placement* é atividade publicitária lícita (não se confundindo com a radicalmente proibida publicidade subliminar), sendo considerada ilícita apenas quando efetivamente ocultar sua intenção comercial, violando, assim, o princípio da identificação, hipótese em que configurará publicidade clandestina. É certo que, para tanto, pressupõe-se a existência de interesse em estimular o consumo do produto, estando excluída a espontânea menção a um produto ou marca. E, para tal verificação em concreto, é comum que se analise a existência ou não de recebimento de contraprestação econômica por quem a realizou.

Portanto, como se pode observar, as técnicas e formas de apresentação da publicidade digital visam, justamente, tornar ainda mais natural e persuasiva a comunicação publicitária, tornando sua identificação pelos consumidores tarefa cada vez mais difícil. Não à toa, os casos de violação ao mencionado princípio da identificação lideram os casos de representações no Conar, como se analisará oportunamente.

Diante disso, faz-se necessário compreender os princípios do CDC que devem nortear a produção publicitária do influenciador digital, bem como as práticas publicitárias proibidas no ordenamento jurídico brasileiro, antes de adentrar o debate sobre a responsabilidade do influenciador pelos danos causados aos consumidores – o que será abordado a seguir.

⁸² Trabalhar Com Criadores De Conteúdo Oferece Mais Possibilidades De Flexibilidade. **Site oficial do Instagram**. Disponível em: <https://business.instagram.com/a/brandedcontentexpansion?locale=pt_BR>. Acesso em: 07.09.2021

CAPÍTULO II

A REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: DEVERES E PRINCÍPIOS QUE DEVEM ORIENTAR A ATIVIDADE PUBLICITÁRIA REALIZADA PELOS INFLUENCIADORES

II.a. A opção do legislador por inserir normas sobre publicidade no âmbito do Código de Defesa do Consumidor

No Brasil, a opção legislativa para a normatização da publicidade não foi a de criar uma lei específica em separado, mas a de inserir sua disciplina no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, consagrando como direito básico do consumidor “a *proteção contra a publicidade enganosa e abusiva (...)*”. No interior do Código, a matéria aparece com destaque no capítulo V (“Das práticas comerciais”), nas Seções II (“Da oferta”) e III (“Da publicidade”) – esta que será o objeto principal do presente capítulo –, além de receber menção no Capítulo VII (“Das Sanções Administrativas”) e em seu Título II (“Das Infrações Penais”).

Como ressaltado por Claudia Lima Marques⁸³, antes de o CDC prescrever a vedação de práticas comerciais consideradas abusivas, tais condutas dos fornecedores eram reguladas somente pelo direito empresarial e pelos princípios ético-profissionais dos comerciantes. Mesmo com o surgimento de regras que vedavam práticas de concorrência desleal, com o escopo de preservar a livre concorrência, ainda inexistia uma preocupação com o consumidor – embora este acabasse sendo indiretamente beneficiado por essas normas, na medida em que também afetado pelas práticas que visavam combater. Nesse contexto, eventual prejuízo efetivamente sofrido pelo consumidor só poderia ser reivindicado judicialmente com base na responsabilidade extracontratual prevista no antigo Código Civil.

Atualmente, no âmbito do CDC, ao lado de outras práticas comerciais, foi inserida a publicidade, em relação à qual foram estabelecidos princípios norteadores e restrições, visando à garantia dos direitos dos destinatários a ela expostos, potenciais consumidores. Embora o legislador não tenha positivado um conceito fechado de publicidade para fins de aplicação CDC – o que é interessante, considerando-se as diversas e inovadoras formas através das quais ela se

⁸³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais** (versão digital). 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-4.6.

apresenta, atendendo à fluidez e ao dinamismo dos novos meios de comunicação – a doutrina não se furtou do esforço de buscar defini-la, para fins didáticos. Para Claudia Lima Marques, a publicidade pode ser definida como

toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado (...), separando-se, assim, claramente o que é propaganda (difusão de ideias) e o que é publicidade (promoção, incitação ao consumo)⁸⁴.

Tal definição ressalta a finalidade comercial inerente à publicidade, de estímulo ao consumo, que a distingue da propaganda, apesar de o legislador ter empregado os termos indistintamente em diversas passagens do CDC, como já destacado anteriormente. Lucia Ancona Dias acrescenta a observação de que tanto a publicidade promocional quanto a institucional (definidas no capítulo anterior) – ambas dotadas de intuito comercial – são endereçadas pelo CDC, na medida em que o Código regulamenta

a *publicidade comercial*, assim compreendida como a *mensagem* promovida por *pessoa jurídica*, pública ou privada, difundida no *exercício de uma atividade profissional*, qualquer que seja o *meio de comunicação de massa*, com o escopo de promover a *contratação de bens e serviços*, direta ou indiretamente (publicidade promocional ou institucional).⁸⁵

Apresentada a publicidade que é objeto de regulamentação pelo CDC, passa-se à necessária compreensão da relação jurídica por ele tutelada, a fim de se delimitar em quais casos será aplicada a legislação consumerista. Nunes ressalta que, como “lei principiológica”, o CDC “ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo”⁸⁶. Tal relação de consumo é composta essencialmente por dois sujeitos – fornecedor e consumidor – e pelo objeto do (possível) contrato de consumo – o produto ou o serviço.

Dentre esses conceitos, os mais relevantes para o estudo proposto por este trabalho são os dos sujeitos envolvidos, pelos quais passará a análise sobre a existência ou não de relação de consumo entre os influenciadores digitais e os destinatários da publicidade por eles veiculada. E também pelo fato de a situação que se pretende analisar ser a de ilicitude contida na própria

⁸⁴ MARQUES, Claudia Lima. op. cit., p. RB-4.5.

⁸⁵ DIAS, Lucia Ancona L. de M. op. cit., p. 60-61.

⁸⁶ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 190.

mensagem publicitária, independentemente do produto ou serviço anunciado, de sua eventual aquisição pelo consumidor etc.

O conceito padrão de consumidor é trazido pelo art. 2º do CDC: “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como *destinatário final*”, isto é, como explica a doutrina, toda pessoa que “adquire produto ou serviço para uso próprio, sem finalidade de produção de outros produtos ou serviços”⁸⁷. Embora o STJ⁸⁸ admita um alargamento do âmbito de incidência do conceito com base na teoria finalista mitigada⁸⁹, esse tópico não será abordado pelo trabalho por carecer de aplicação prática às situações relativas à publicidade digital direcionada ou de acesso irrestrito ao público infantil.

O parágrafo único do art. 2º do CDC, por sua vez, acrescenta uma noção difusa de consumidor, estabelecendo que a essa figura se equipara “a *coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis*, que haja intervindo nas relações de consumo”. Outra equiparação é realizada pelo art. 17, tornando consumidores equiparados as vítimas de acidente de consumo por fato do produto ou serviço (os chamados *bystanders*), para os efeitos da Seção II, que trata da responsabilidade dos fornecedores diante desses casos.

E, por fim, o quarto conceito de consumidor encontrado no CDC é o que se aplica justamente à caracterização da relação de consumo entre os fornecedores-anunciantes e os destinatários das publicidades (potenciais consumidores): segundo o art. 29 do CDC, “para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. O Capítulo em questão, em que o dispositivo está inserido e ao qual faz referência, é o Capítulo V (“Das práticas comerciais”) –

⁸⁷ NUNES, Rizzato. op. cit., p. 224.

⁸⁸ “Esta corte superior, adotando o conceito de consumidor da teoria finalista mitigada, considera que a pessoa jurídica pode ser consumidora quando adquirir o produto ou serviço como destinatária final, utilizando-o para atender a uma necessidade sua, não de seus clientes”, afirmou o relator, ministro Paulo de Tarso Sanseverino.”, em referência ao REsp nº 1321083/PR. (Empresa que comprou avião para uso próprio tem direito a prerrogativas do CDC. **Site do Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2014/2014-09-29_13-59_Empresa-que-comprou-aviao-para-uso-proprio-tem-direito-a-prerrogativas-do-CDC.aspx>. Acesso em: 06.07.2022.)

⁸⁹ “A teoria finalista aprofundada ou mitigada amplia o conceito de consumidor para alcançar a pessoa física ou jurídica que, embora não seja a destinatária final do produto ou serviço, esteja em situação de vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica em relação ao fornecedor.” (Consumidor segundo a teoria finalista aprofundada. **Site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.** Disponível em: <[https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/cdc-na-visao-do-tjdft-1/definicao-de-consumidor-e-fornecedor/mitigacao-da-teoria-finalista-para-o-finalismo-aprofundado#:~:text=A%20teoria%20finalista%20aprofundada%20ou,econ%C3%B4mica%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20ao%20fornecedor](https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/cdc-na-visao-do-tjdft-1/definicao-de-consumidor-e-fornecedor/mitigacao-da-teoria-finalista-para-o-finalismo-aprofundado#:~:text=A%20teoria%20finalista%20aprofundada%20ou,econ%C3%B4mica%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20ao%20fornecedor.)>. Acesso em: 06.07.2022.

exatamente o que trata da publicidade em diversas oportunidades: na Seção II (“Da oferta”), especificamente sobre a oferta publicitária; na Seção III (“Da publicidade”), em que estabelece normas de conduta e situações em que a publicidade será considerada ilícita; e ao elencar práticas abusivas na Seção IV, algumas das quais podem ser verificadas na publicidade⁹⁰. Em síntese, todas as pessoas expostas à publicidade, prática comercial protegida pelo CDC, são, desse modo, equiparadas a consumidoras.

Sobre essas múltiplas conceituações de consumidor e a complementaridade em seus objetivos (relacionados às tutelas concreta, abstrata, repressiva e preventiva), Lucia Ancona Dias analisa que

no que tange à publicidade, o Código visou à proteção não apenas dos efetivos consumidores dos bens e serviços anunciados (art 2, *caput*), mas também dos seus potenciais consumidores (art. 29). Percebe-se que o referido art. 29 tem por objetivo principal atuar *preventivamente* na defesa do consumidor, preocupando-se em evitar um dano por meio da proteção de pessoas expostas às práticas que possam gerá-lo. Nesse passo, podemos dizer que enquanto o art. 2º, *caput*, visa à tutela *concreta* e *repressiva* do consumidor, o art. 29 cuida de sua tutela *difusa* e *preventiva* ao também proteger o consumidor potencial dos produtos e serviços.

A tutela preventiva do art. 29 é coerente com o sistema consagrado no CDC, que, em se art. 6º, VI, assegura ser direito básico do consumidor a *prevenção* e *reparação* de danos. De outra parte, essa tutela mostra-se também compatível com a especificidade publicitária, cujos efeitos buscam atuar sobre um *target* específico, consumidores reais e potenciais dos produtos ou serviços anunciados, tendo em vista perfil de público previamente estudado pelo anunciante-fornecedor. Disso decorre que, por força do art. 29, mesmo aqueles sujeitos que não são efetivos consumidores dos bens e serviços anunciados, mas que podem vir a sê-lo, ou seja, que integrem o público-alvo da mensagem publicitária (*destinatários da publicidade ou consumidores em potencial*), estão protegidos preventivamente contra a publicidade enganosa e abusiva.⁹¹

Rizzato Nunes afirma que o mesmo dispositivo (art. 29 do CDC) vai além de mera equiparação eventual a consumidor das pessoas expostas às práticas comerciais, sendo verdadeira norma protetiva de um consumidor potencial, merecedor de uma tutela difusa, que sequer precisa existir concretamente:

O que a lei diz é que, uma vez existindo qualquer prática comercial, toda a coletividade de pessoas já está exposta a ela, ainda que em nenhum momento se possa identificar um único consumidor real que pretenda insurgir-se contra tal prática.

90 Por exemplo, a prática abusiva listada no inciso IV do art. 39: “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços” (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 01.07.2022)

⁹¹ DIAS, Lucia Ancona L. de M. op. cit., p. 64-65.

Dessa forma, por exemplo, se um fornecedor faz publicidade enganosa e se ninguém jamais reclama concretamente contra ela, ainda assim isso não significa que o anúncio não é enganoso, nem que não se possa — por exemplo, o Ministério Público — ir contra ele. (...)

Trata-se, portanto, praticamente de uma espécie de conceito difuso de consumidor, tendo em vista que desde já e desde sempre todas as pessoas são consumidoras por estarem potencialmente expostas a toda e qualquer prática comercial. É, como dissemos de início, o aspecto mais abstrato da definição, que, partindo do elemento mais concreto — daquele que adquire ou utiliza o produto ou o serviço como destinatário final —, acaba fixando de forma objetiva que se respeite o consumidor potencial. Daí ter-se de dizer que o consumidor protegido pela norma do art. 29 é uma potencialidade. Nem sequer precisa existir."⁹²

Por sua vez, o conceito de fornecedor está previsto no art. 3º, como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, (...) distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”, definição cujos desdobramentos e teorias acerca de sua amplitude, sob a óptica da responsabilidade civil, serão estudados mais à frente.

Para configurar a relação de consumo, portanto, pressupõe-se a colocação de produtor ou serviços no mercado, os quais poderão ser divulgados por diversos meios, dentre os quais a publicidade. Esta, como prática comercial regulamentada pelo CDC, estará sujeita à aplicação das normas consumeristas, especialmente no que se refere aos princípios que devem ser observados por quem realiza tal atividade, os direitos dos consumidores que devem ser respeitados e as práticas abusivas vedadas pelo ordenamento.

Nesse estudo, deve-se ter em mente que a publicidade foi inserida em um microsistema que visa equilibrar a desigual relação entre fornecedores e consumidores, protegendo estes, que são a parte mais vulnerável, sob os pontos de vista técnico, informacional, jurídico, entre outros. Importante ressaltar que a proteção ao consumidor tem assento constitucional (a) como direito fundamental previsto no art. 5º, XXXII, da CRFB/88 (“o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”), (b) como princípio geral da ordem econômica previsto no art. 170, V, CRFB/88 (“defesa do consumidor”), além de (c) a competência legislativa concorrente para criar normas sobre responsabilidade por dano ao consumidor estar prevista no art. 24, VIII, CRFB/88 e (d) a criação do próprio Código de Defesa do Consumidor ter sido prevista, com

⁹² NUNES, Rizzatto. op. cit., p.228-229.

prazo para sua elaboração, no art. 48 do ADCT (“o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”).

Diante de todo esse aparato, Guilherme Martins chega a afirmar que as normas contidas no microsistema do CDC são materialmente constitucionais, apesar de não se situarem topograficamente no texto constitucional.⁹³ O contexto de criação do CDC envolve, assim, além da concretização de princípios e garantias constitucionais, a superação do paradigma liberal do “homem médio” abstrato, figura central das codificações civis, para dar lugar a um homem concreto, levando em conta sua individualidade, suas diferenças e vulnerabilidades⁹⁴. Assim, o indivíduo passa a ser visto em concreto – ou seja, como criança, idoso, pessoa com deficiência – momento em que passa a ganhar contornos jurídicos (e redobrada proteção) a questão da hipervulnerabilidade.

Tendo em vista a necessidade de tutelar as situações e sujeitos em concreto, gradativamente, a centralidade do antigo Código Civil de 1916 foi gradativamente perdendo espaço para uma produção legislativa esparsa, com a criação de estatutos e leis especiais, como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ambos criados em 1990, antes da edição do Código Civil atual), de especial relevância para este trabalho. Assim, atualmente, tais leis coexistem paralelamente ao Código Civil de 2002, e devem ser consideradas todas em conjunto, por meio do método “do diálogo das fontes”, já apresentado e defendido no capítulo anterior.

Tal conceito, citado diversas vezes pelo STJ (inclusive em julgados mencionados anteriormente), ressalta a importância da “aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais”, como explicado por Herman Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Bessa.⁹⁵

Diante disso, feita a consideração de que a disciplina do CDC não é excludente, mas complementar às demais fontes normativas (como o ECA, a Resolução nº 163 do Conanda e

⁹³ MARTINS, Guilherme Magalhães. **A regulamentação da publicidade infantil no Brasil. A proteção do consumidor e da infância.** Revista de Direito do Consumidor. v. 102. São Paulo: Ed. RT, 2015.

⁹⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. **Fornecedor equiparado.** Revista de Direito do Consumidor. n. 61, ano 16. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 128.

⁹⁵ HERMAN, Antonio V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 89-90.

demais normas relativas à matéria, sem prejuízo da aplicação subsidiária do Código Civil), visando a uma tutela mais efetiva e abrangente do consumidor hipervulnerável, passa-se a analisar os princípios positivados naquele código, que devem pautar a atividade publicitária.

II.b. Princípios do Código de Defesa do Consumidor que devem orientar a atividade publicitária

Inicialmente, cabe apresentar uma breve conceituação do que se entende por princípio, por mais que seu conceito possa ser intuitivamente apreendido diante da ampla previsão legislativa e aplicação jurisprudencial que se observa no direito brasileiro, em especial com o advento da Constituição de 1988. Para Rizzato Nunes, princípio jurídico é

um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.⁹⁶

Já Robert Alexy, no campo da dogmática constitucional, ao distinguir normas-regra de normas-princípio, aponta como ponto decisivo o fato de que estas “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁹⁷, constituindo, portanto, verdadeiros “mandamentos de otimização” – diferentemente das regras, que ou são aplicadas ao caso ou não (em um sistema “tudo ou nada”). Além disso, tipicamente, os princípios possuem conteúdo axiológico e grau de generalidade relativamente alto, bem como não necessitam estar previstos no ordenamento jurídico de maneira expressa.

Isto posto, antes de se adentrar os princípios mais específicos do microsistema do CDC, é necessário lançar luzes sobre um princípio mais geral, que, por sua amplitude e abstração, permeia diversos aspectos da atividade publicitária. Embora existam outros princípios constitucionais pertinentes ao estudo do Direito do Consumidor, destaca-se o princípio da liberdade por apresentar expressivos reflexos na regulação da publicidade, tanto sob a perspectiva do anunciante, quanto sob a perspectiva do consumidor-destinatário.

⁹⁶ NUNES, Rizzato. op.cit., 2021. p. 60.

⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 90.

Sob o ponto de vista de quem realiza a publicidade ou dela extrai proveito econômico, a liberdade se expressa sobretudo por meio da livre iniciativa, garantida pelo art. 170 da CRFB/88 como princípio informador da ordem econômica. Além disso, a publicidade é entendida, por certa corrente doutrinária, como expressão de atividade intelectual, artística e meio de comunicação e informação. Contudo, Bruno Miragem tece interessante crítica em relação à dita “liberdade de expressão publicitária” (com fundamento no art. 5º, IX, CRFB/88), conceito que não seria o mais correto para definir tal atividade, tendo em vista seu claro intuito econômico:

(...) no que se refere à identificação do fundamento da atividade publicitária, em acordo com as normas constitucionais em vigor, observa-se espécie de desacerto por parte dos estudiosos do tema.

Dentre os estudos de direito público, não são poucos os autores que sustentam o fundamento da atividade publicitária no direito fundamental à liberdade de expressão, consagrado no artigo 5º, IX, da Constituição da República, que estabelece: "É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". Este entendimento, inclusive, deu causa a cunhagem de referência específica, por alguns autores, de denominada *liberdade de expressão publicitária*.

Não há dúvida que, no seu aspecto formal e material, a publicidade envolva a expressão de conceitos e ideias de indivíduos e grupos, sejam os próprios profissionais da área publicitária que desenvolvem a peça ou campanha publicitária, seja o fornecedor que as promova. Todavia, não se pode desconsiderar que a publicidade distingue-se de modo decisivo das demais formas de expressão, sobretudo pela vinculação íntima da atividade publicitária a um fim eminentemente econômico. Neste sentido, não parece correto reconhecer na atividade publicitária a mesma finalidade que em geral se reconhece à liberdade de expressão, como garantia do regime democrático e do Estado de Direito⁹⁸

Em seguida, o autor conclui que muitas vezes a liberdade de expressão é associada à publicidade com a intenção de afastar a incidência de qualquer controle sobre o seu conteúdo ou modo de divulgação, sob o argumento de que no Estado Democrático de Direito as restrições à liberdade individual deveriam ser as mínimas possíveis. Tal distorção pode levar à equivocada conclusão de que eventual limitação à publicidade (necessária à garantia dos direitos dos consumidores) seria espécie de “censura” – prática inegavelmente vedada pelos arts. 5º, IX e 220 da CRFB/88, mas que não se confunde com o devido controle da publicidade.

Filia-se a esse entendimento doutrinário o Professor Guilherme Martins, por considerá-lo mais condizente com a principiologia constitucional de proteção do consumidor, concluindo que “a função persuasiva da publicidade impede a sua aparente intenção informativa. Sua

⁹⁸ MIRAGEM, Bruno. op. cit., p. 267.

intenção, de fato, não é informar sobre os produtos que oferece, mas evadir a crítica da esfera cognitiva”⁹⁹, acrescentando que

ainda que se admita algum ponto de contato entre a publicidade e a liberdade de expressão – considerando que a atividade publicitária não deixa de ser veículo, de certa forma, da atividade intelectual, artística e de comunicação, a legitimidade das limitações que lhe são endereçadas sustenta-se na proteção a outros direitos e liberdades fundamentais assegurados pela própria Constituição da República.¹⁰⁰

Ou seja, ainda que se considere haver aproximação entre publicidade e informação, (o que não é de todo negado pelos professores, embora ressaltem que o caráter primordialmente econômico da comunicação publicitária não possa ser olvidado), certo é que o próprio texto constitucional prevê limitações ao seu exercício. Por exemplo, o mesmo art. 220, *caput*, que dispõe que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição (...)”, acrescenta a seguinte ressalva ao final do dispositivo: “(...) observado o disposto nesta Constituição”. E, logo em seguida, o parágrafo 3º, inciso II, e o parágrafo 4º do mesmo artigo trazem as seguintes restrições:

§ 3º Compete à lei federal:

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.¹⁰¹

Mesmo Paulo Scartezini, autor que declaradamente considera a publicidade uma “forma de manifestação de pensamento, criação, expressão de atividade intelectual, artística, de comunicação e informação”, faz a ressalva de que “é, a princípio, livre, porém essa liberdade não é absoluta.”¹⁰², diante dos arts. 220, *caput* e parágrafo 2º, além do art. 5º, inciso IX, todos da Constituição da República.

⁹⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. op. cit., p 302.

¹⁰⁰ MARTINS, Guilherme Magalhães. op. cit., p 302-303.

¹⁰¹ BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01.07.2022.

¹⁰² GUIMARÃES, Paulo Scartezini. op. cit., p. 86.

Mas, para além desse debate, também por outro motivo os mencionados princípios não podem ser entendidos de maneira absoluta e irrestrita: encontram limite na liberdade do próprio destinatário da publicidade. Como potencial consumidor, ele tem direito à liberdade de escolha sobre consumir determinado produto ou contratar determinado serviço. E, para que isso seja efetivamente garantido, o anunciante deve observar deveres de transparência e veracidade, a fim de que o potencial consumidor disponha de todas as informações adequadas que sejam necessárias para a formação de sua vontade e exercício de sua autonomia privada nas escolhas de consumo.

Adentrando a seara mais específica do direito do consumidor, cabe destacar o princípio da harmonia (ou harmonização) das relações de consumo, extraído do art. 4º, III do CDC. Como adiantado no capítulo anterior, embora haja uma interpretação minoritária (que se coaduna com os interesses dos anunciantes) de que as limitações à atividade publicitária feririam a liberdade econômica, prevalece o entendimento de que, ao lado da livre concorrência (art. 170, IV, CRFB), deve ser igualmente considerada a defesa do consumidor (art. 170, V, CRFB), princípio também informador da ordem econômica:

A publicidade, neste sentir, encontra seu fundamento constitucional na livre iniciativa, prevista no artigo 1.0, rv, da Constituição da República, ao referir-se, como um dos fundamentos do Estado brasileiro, "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa". Todavia, no âmbito da iniciativa econômica-onde inegavelmente se insere -a própria Constituição estabelece, no capítulo da ordem econômica, uma série de princípios informadores e condicionamentos, quais sejam, dentre outros, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do meio ambiente e a defesa do consumidor. Ou seja, a defesa do consumidor é princípio informador da ordem econômica constitucional, razão pela qual o exercício da livre iniciativa econômica deve harmonizar-se com a defesa dos interesses do consumidor.¹⁰³

Nesse mesmo sentido é a expressa previsão do art. 4º, III, do CDC de “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)”.

Assim, não há que se falar em violação ao princípio da livre concorrência pela imposição de limitações ao exercício da atividade publicitária, pois, na realidade, deve ser feita uma interpretação sistemática de todo o texto constitucional, de modo a harmonizar ambos os princípios no caso concreto, lembrando sempre que nenhum princípio é absoluto. Em outras

¹⁰³ MIRAGEM, Bruno. op. cit., p. 267.

palavras, o CDC não pretende proibir ou inviabilizar o exercício da atividade publicitária, mas, tão somente, regulamentá-la e impor limites para evitar lesões aos direitos dos consumidores, que também encontram proteção constitucional na ordem econômica brasileira.

Ao contrário de engessar a publicidade, os reais objetivos do CDC ao atuar de maneira preventiva são, segundo Paulo Scartezzini, “evitar que pessoas com alto poder de influência sobre consumidores ajam negligentemente, apresentando ou recomendando produtos e serviços que desconhecem ou conhecem de forma superficial, ou, na pior das hipóteses, atribuindo qualidades que sabem não existirem”, e, em último grau, uma vez ocorrido o dano, “obrigar a pessoa que aceitou a tarefa a responder pelos danos causados”¹⁰⁴.

Vale ressaltar que a harmonização dos direitos do consumidor não significa espécie de favorecimento indevido a este, mas, ao contrário, se fundamenta na necessidade de conferir tratamento jurídico diferenciado para atingir a igualdade material entre os sujeitos dessa relação inerentemente desigual. Como objetivamente esclarecido por Scartezzini, “não significa, como chegaram alguns a sustentar no início da vigência do Código de Defesa do Consumidor, uma proteção ilimitada do consumidor, colocando sempre o fornecedor como o vilão da história. O que o Código busca é o efetivo equilíbrio nas relações de consumo”¹⁰⁵.

E, na realidade, como bem apontado por Bruno Miragem, na concepção mais atual de relação jurídica, não se considera que os interesses entre esses sujeitos (fornecedor e consumidor) sejam contrapostos, mas sim complementares, com especial fundamento no princípio da boa-fé, que deve pautar sua relação¹⁰⁶. Assim, a harmonia das relações de consumo é buscada por meio de diversos princípios e regras estabelecidos no microsistema do CDC, que serão abordados na sequência.

Nessa esteira, não se poderia deixar de analisar o princípio que, embora não seja específico às relações de consumo, é a elas também aplicável. Trata-se do princípio da boa-fé objetiva, que ganhou especial relevância por sua previsão como uma “cláusula aberta”, admitindo diversas aplicações e funções. Sua legitimidade é extraída, a nível constitucional, do art. 3º, I, da CRFB/88, que traz como objetivo da República a construção de uma sociedade

¹⁰⁴ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini, op. cit., p. 23-24

¹⁰⁵ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini, op. cit., p. 56.

¹⁰⁶ MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 152.

justa e solidária, o que, para Scartezzini, significa, “sem dúvida, fazer com que os contratantes se portem nas relações negociais com boa-fé”¹⁰⁷, sendo suficiente o texto constitucional para se extrair tal princípio.

Contudo, o legislador optou por torná-lo expresso na legislação ordinária (Código Civil e Código de Defesa do Consumidor), conferindo maior força e segurança jurídica. Sua previsão neste código tem como importante função, aliás, “viabilizar os ditames constitucionais da ordem econômica, compatibilizando interesses aparentemente contraditórios, como a proteção do consumidor e o desenvolvimento econômico e tecnológico”¹⁰⁸.

Inicialmente, cabe destacar que a boa-fé abordada sob a ótica consumerista é a boa-fé objetiva, que pode ser definida como “uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo”, funcionando como um “modelo, um standard, que não depende de forma alguma da verificação da má-fé subjetiva”¹⁰⁹. Ela se diferencia da boa-fé subjetiva na medida em que esta “diz respeito à ignorância de uma pessoa acerca de um fato modificador, impeditivo ou violador de seu direito”¹¹⁰. Sobre essa distinção, explica Bruno Miragem:

Quando se trata do princípio da boa-fé, faz-se referência, necessariamente à boa fé objetiva. Isso porque a boa fe subjetiva não se trata de princípio jurídico, mas tao somente de um estado psicológico que se reconhece à pessoa e que constitui requisito presente no suporte fático presente em certas normas jurídicas, para produção de efeitos jurídicos. A boa-fé subjetiva, neste sentido, diz respeito, invariavelmente, à ausência de conhecimento sobre determinado fato, ou simplesmente a falta da intenção de prejudicar outrem (assim, por exemplo, quando se diga que determinada pessoa ‘agiu de boa-fé’).¹¹¹

No Código Civil, o referido princípio está presente (i) no art. 422, que prevê a boa-fé na execução e conclusão do contrato, impondo às partes deveres secundários ou acessórios; (ii) nos arts. 112 e 113, que preveem regra de interpretação dos negócios jurídicos conforme a boa-fé, ou seja, o dever do juiz de observar a vontade das partes em detrimento do texto literal do contrato, de acordo com sua função social; e (iii) no art. 187, ao estabelecer a vedação ao abuso de direito, ou seja, ao considerar que o exercício de um direito sem a observância dos limites impostos pela boa-fé, isto é, de maneira abusiva, configura ato ilícito.

¹⁰⁷ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. op. cit., p. 67.

¹⁰⁸ NUNES, Rizzato. op. cit., p. 301.

¹⁰⁹ NUNES, Rizzato. op. cit., p. 301.

¹¹⁰ NUNES, Rizzato. op. cit., p. 301.

¹¹¹ MIRAGEM, Bruno. op. cit, p. 145.

Mas, antes mesmo de o princípio da boa-fé aparecer no Código Civil de 2002, ele já estava expressamente positivado no ordenamento jurídico brasileiro, justamente no Código de Defesa do Consumidor, criado em 1990. Nele, a boa-fé objetiva aparece tanto expressa quanto implicitamente, em diversos momentos. Encontra-se expressa em 2 dispositivos: (i) no art. 4º, inciso III, que funciona como cláusula geral de conduta para toda relação de consumo, em todas as fases do contrato (fases pré, pós-contratual e de execução); e (ii) no art. 51, inciso IV, que traz a função interpretativa da boa-fé em relação à validade ou não das cláusulas contratuais e a vedação a cláusulas abusivas.

Vale frisar que o princípio da boa-fé objetiva deve orientar as relações de consumo e ser observado por ambos os sujeitos da relação jurídica (consumidor e fornecedor). Assim, como reflexos da boa-fé como cláusula geral de conduta (art 4º, III, CDC), além de diversos outros princípios que, em alguma medida, dele derivam, têm origem os deveres anexos (também chamados instrumentais ou acessórios) e os deveres de proteção (ou laterais), que devem orientar a conduta das partes.

Embora os conceitos acima sejam frequentemente empregados de maneira indistinta, Judith Martins-Costa ressalta uma diferença essencial quanto aos interesses envolvidos. De um lado, se inserem no “interesse de prestação”: (i) os deveres de prestação¹¹², que podem ser principais (relacionados à obrigação principal) e secundários ou acidentais (acessórios à obrigação principal) e (ii) os deveres anexos ou instrumentais, definidos como aqueles que atuam para “otimizar o adimplemento satisfatório, fim da relação obrigacional”. Já no âmbito do “interesse de proteção”, estão inseridos (iii) os deveres de proteção ou laterais, que se prestam a evitar danos que poderiam decorrer do eventual negócio jurídico.

Diferentemente dos deveres de prestação, que são diretamente relacionados ao objeto da obrigação e derivam da lei ou da vontade, os dois últimos deveres (anexos e de proteção) são “avoluntarísticos”¹¹³, nos termos do neologismo empregado pela autora, por decorrerem não da vontade das partes, mas do princípio da boa-fé, em suas funções integrativa e interpretativa.

¹¹² Definidos pela autora como “aqueles que conformam o *praestare*, elemento estruturante de toda e qualquer relação obrigacional («obrigação principal»), estando consubstanciados num *dare*, *facere* ou num *non-facere*” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 153.)

¹¹³ Somente não o serão caso os deveres anexos em questão tenham sido expressamente estipulados pelas partes contratantes.

Contudo, há uma diferença essencial entre eles: enquanto os deveres anexos dizem respeito a “como” a obrigação deve ser cumprida (pressupondo-se a existência de uma relação obrigacional), os deveres de proteção visam evitar que o contexto de formação do contrato cause danos às partes, independentemente da concretização ou não da prestação. Em outras palavras, o dever de proteção nasce antes mesmo da existência de um interesse de prestação, pois não se limita à relação contratual. Como bem explica Judith Martins-Costa,

Os interesses à proteção (e, conseqüentemente, os deveres de proteção) não estão limitados à relação contratual. Também se estendem para a fase de formação do contrato, isto é, ao período pré-negocial, pois uma relação obrigacional contendo deveres de proteção pode surgir também para pessoas que não são partes (ou ainda não são partes) num contrato. Nesses casos, não há interesse à prestação (e, conseqüentemente, dever de prestar), mas pode haver interesse de proteção (logo, há deveres de proteção).¹¹⁴

Tal hipótese apresenta convergência com o caso da publicidade, situada em um momento pré-contratual, pois o CDC visa proteger todas as pessoas expostas a essa prática, por previsão do art. 29, independentemente de terem efetivamente consumido o produto ou serviço anunciado. Nesses casos, ainda que o consumidor destinatário da publicidade não chegue a adquiri-lo, o anunciante deve cumprir com o seu dever de proteção. Na prática, mesmo que o contrato jamais venha a se formar, na fase pré-contratual em que se insere a publicidade, pode haver “violação do interesse de proteção conferido pela ordem jurídica a todos os que entram em contato social juridicamente relevante”¹¹⁵, o que deve ser evitado por uma conduta “negativa” (abstenção de ação que possa ocasionar dano) ou “positiva” (conduta ativa de alerta ao consumidor).

Diante disso, é interessante a observação da autora de que o dever de informar, por exemplo, pode tanto assumir posição de dever principal, quanto de dever anexo, ou mesmo de dever de proteção, a depender do caso concreto: será *dever principal* quando a informação for o objeto do próprio contrato (p. ex., um serviço de consultoria); será *dever anexo* quando a informação for necessária para possibilitar o “melhor adimplemento” do contrato (p. ex., a entrega do manual de instruções de uso junto ao produto eletrônico vendido); será *dever de proteção* quando a informação for necessária para prevenir riscos (p. ex., a realização de um alerta de que determinado produto pode oferecer riscos à saúde quando utilizado de determinada forma).

¹¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. op. cit., p 156.

¹¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. op. cit., p. 157.

Aplicando-se a teoria ao caso da publicidade, visualiza-se a possibilidade tanto de existirem deveres anexos, considerados os casos em que a publicidade pode assumir qualidade de oferta, nos termos do art. 30 do CDC – que, conforme a autora, se verificam por exemplo, “quando se exige a implementação de deveres de informação sobre as qualidades da coisa prometida à venda”¹¹⁶ – quanto deveres de proteção, considerando que, ainda que a publicidade não caracterize oferta, e independentemente de posterior contratação, o anunciante tem o dever de agir para evitar danos aos consumidores a ela expostos.

Disso se extrai, em síntese, que o interesse envolvido, e, conseqüentemente, o conteúdo do dever respectivo deverá ser verificado no caso concreto, a depender da fase contratual observada, pois se pode estar diante (i) de fase pré-contratual, em que o consumidor destinatário somente foi exposto ao anúncio, caso em que incidirá o *dever de proteção* ou (ii) de fase contratual, seja em razão da efetiva aquisição do produto ou serviço anunciado, ou em razão da vinculação contratual¹¹⁷ da publicidade que se apresente como oferta, nos termos do art. 30 do CDC, caso em que incidirão *deveres anexos*. Em razão dessa dupla possibilidade terminológica, este trabalho empregará o termo “deveres decorrentes da boa-fé” para se referir a ambos (deveres de proteção e/ou deveres anexos) – embora a maioria dos exemplos concretos de publicidade ilícita abordados no trabalho esteja inserida na fase pré-contratual e, portanto, caiba falar em dever de proteção.

Isso posto, tais deveres decorrentes da boa-fé podem ser definidos como aqueles que “não estão estabelecidos na lei ou no contrato, mas que decorrem da incidência do princípio sobre uma determinada relação jurídica, implicando o reconhecimento de deveres jurídicos de conduta”¹¹⁸. São exemplos os deveres de prestar informação verídica e adequada e agir com lealdade diante das legítimas expectativas do consumidor, o que se espera em todas as fases do contrato (incluindo a pré-contratual, em que se situa a publicidade em geral), como dito. Sobre a amplitude de aplicação da boa-fé, explica Bruno Miragem:

¹¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. op. cit., p. 155.

¹¹⁷ Segundo Judith Martins-Costa, “o maior problema estará em bem discernir entre o que obedece ao regime da responsabilidade contratual, propriamente dita, e o da responsabilidade pré-contratual (em que se indeniza o interesse negativo, ou «interesse da confiança»), já que o Código de Defesa do Consumidor não distinguiu entre contratos formados por adesão e contratos formados por negociação, como se esses últimos não tivessem lugar – como incontroversamente tem – nas relações de consumo. Em linha de princípio, como os meros anúncios publicitários (desde que suficientemente precisos), vinculam contratualmente, possibilitando inclusive a execução, o regime será o da responsabilidade contratual.” (MARTINS-COSTA, Judith. op. cit., p 273-274)

¹¹⁸ MIRAGEM, Bruno. op. cit., p. 145.

ao considerar-se um contrato, a boa-fé objetiva impõe deveres tanto antes da sua celebração formal - como os deveres de informar corretamente, ou realizar uma oferta clara, sem equívocos - assim como durante a execução e após sua extinção, podendo permanecer, findo o ajuste, deveres a serem respeitados pelas partes (por exemplo, a garantia contra vícios).¹¹⁹

Como já adiantado, os demais princípios previstos no CDC se relacionam ou decorrem, em alguma medida, do princípio da boa-fé, mais geral e abstrato, dando ao seu exercício maior concretude. É didática e esclarecedora a forma como Cláudia Lima Marques sintetiza os reflexos da boa-fé em subprincípios ou princípios específicos da relação de consumo – fazendo referência, respectivamente, ao princípio da lealdade, da vinculação, da veracidade e da identificação:

a boa-fé objetiva em matéria de publicidade significa a exigência de que esta seja uma atividade *leal* (atividade refletida, pensando também naquele que recebe a mensagem, o consumidor), que *prometa só o que pode cumprir*, que, se trouxer informações, seja sobre a qualidade, quantidade ou qualquer característica do produto ou serviço, seja sobre as condições do contrato, que esta constitua uma informação correta, *verídica*, que o próprio intuito de incitar o consumo seja identificável e a *publicidade identificada como tal* pelo público.¹²⁰

Apesar de haver divergência doutrinária acerca da classificação e subdivisão desses (e de outros) princípios, Bruno Miragem opta por identificar como princípios *fundamentais* da publicidade os três seguintes: identificação, veracidade e vinculação. Os dois primeiros serão prioritariamente abordados neste trabalho, por aparecerem com especial destaque nos casos concretos de publicidades ilícitas observadas, que serão expostos no capítulo seguinte, sem prejuízo de breves comentários a outros princípios e deveres anexos, por se intercomunicarem.

O princípio da identificação – muito relevante para o presente estudo e alvo de muitas polêmicas no âmbito da publicidade digital, como adiantado no capítulo anterior – encontra previsão no art. 36, “caput”, do CDC, que registra que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. Conforme interpretação de Benjamin, Marques e Bessa, a expressão “imediatamente” deve ser entendida como “no momento da exposição”, e, “facilmente”, como “sem esforço ou capacitação técnica”¹²¹.

¹¹⁹ MIRAGEM, Bruno. op. cit., p. 146.

¹²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 610.

¹²¹ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor (versão digital)**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. RB-8.41.

Esse princípio tem por finalidade advertir o consumidor de que “aquilo que ele está vendo ou ouvindo tem como objetivo convencê-lo das necessidades e conveniências na aquisição ou utilização de produtos ou serviços” e que as informações transmitidas “contêm uma enorme dose de parcialidade de opinião, já que feitas pela pessoa que pretende vender o bem ou serviço”¹²², proibindo a publicidade clandestina, dissimulada ou oculta.

Em outras palavras, é terminantemente vedado à publicidade ocultar seu intuito comercial, pois “a eventual camuflagem do caráter publicitário da peça veiculada retira do seu destinatário a possibilidade de colocar em prática os naturais mecanismos de defesa em relação a uma publicidade transparente”¹²³, em especial diante de sua finalidade persuasiva.

Por sua vez, o princípio da veracidade encontra-se previsto no art. 6º, III, do CDC e garantido pelos arts. 6º, IV, e 37, parágrafos 1º e 3º, do mesmo Código, por meio da proibição à publicidade enganosa – isto é, a publicidade que viola o dever de veracidade. Relaciona-se com o princípio da boa-fé objetiva e tem especial relevância no contexto tecnológico contemporâneo, na medida em que,

nos dias atuais, tendo em vista essa massificação dos negócios, o princípio da boa-fé deve ser visto com maior importância, já que pela rapidez com que as coisas acontecem e os negócios são firmados, com uma influência muito grande do *marketing*, necessária a ideia de veracidade dos fatos alegados, confiando um contratante no comportamento do outro, antes, durante e após a realização do negócio.¹²⁴

De acordo com o art. 6º, III, do CDC, constitui direito básico do consumidor “a informação *adequada e clara* sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação *correta* de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”. O art. 31 do CDC, embora seja aplicado sobretudo à oferta não publicitária, também preceitua que a oferta e apresentação de produtos e serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre seus elementos essenciais. Como se pode perceber, diversos adjetivos são agregados ao tratar da informação que deve ser transmitida ao consumidor, de modo que o princípio da veracidade complementa qualitativamente o dever de informação (a ser abordado mais a diante). Ou seja, não basta que seja prestada qualquer informação, mas uma informação adequada, verídica, responsável.

¹²² GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, op. cit., p. 113.

¹²³ DIAS, Lucía Ancona L. de M., op. cit., p. 78.

¹²⁴ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, op. cit., p. 72-73.

Contudo, para que tal princípio seja viável e ganhe concretude, é imprescindível a aplicação em conjunto com o art. 36, parágrafo único, do CDC, que prevê que “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”. Assim, com base no princípio da transparência da fundamentação da publicidade, é assegurada a possibilidade de prova da veracidade de fatos relevantes à persuasão do consumidor, caso esta seja questionada pelo legítimo interessado, de quem seria desproporcional exigir que provasse em sentido contrário, por não dispor de meios para levantar dados ou executar testes com produtos¹²⁵.

Já o princípio da vinculação, positivado no art. 30 do CDC, dispõe que “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”. Portanto, visa obrigar o fornecedor a cumprir o que foi prometido na oferta, que pode se dar por meio de publicidade (a chamada oferta publicitária) ou por outro meio.

Nesse ponto, é válido lembrar que nem toda publicidade contém uma oferta, pois, como exposto no capítulo anterior, pode se tratar de uma publicidade institucional (aquela que não visa diretamente à venda de produto ou serviço) ou uma publicidade realizada na modalidade *product placement* (ou *merchandising*), em que o produto seja apenas mostrado, sem a verbalização de qualquer informação sobre ele. Então, apenas em alguns casos específicos esse artigo será aplicado à publicidade: quando ela for equiparável a uma oferta ao consumidor, isto é, quando apresentar “informações suficientemente precisas” sobre os produtos ou serviços anunciados em seu conteúdo, caso em que o fornecedor ficará vinculado a cumprir o prometido, já que seus termos integrarão eventual contrato que venha a ser firmado.

Mas, de todo modo, por tratar do cumprimento da oferta pelo anunciante, esse princípio não tem muita relevância no nosso estudo, pois se pretende analisar a responsabilidade do influenciador que realiza a publicidade em relação a eventual ilicitude na mensagem em si, e não à obrigação de cumprir a oferta, ainda que o influenciador e o anunciante se confundam na

¹²⁵ DIAS, Lucia Ancona L. de M. op. cit., p. 84.

mesma pessoa, no caso e a marca divulgada pertencer ao próprio influenciador. De todo modo, a hipótese de exigência do cumprimento da oferta nos termos veiculados na publicidade não encontra expressividade na análise dos casos de publicidade ilícita voltada ao público infantil, por serem outros os problemas centrais enfocados.

Encerrada a exposição sobre os três princípios fundamentais da relação de consumo, cabe retomar os deveres decorrentes da boa-fé mencionados anteriormente, como o relevantíssimo dever de informação. Com ele se relacionam, inclusive, outros princípios e deveres, como o princípio da veracidade e o dever de ostensividade. Com fundamento constitucional no direito fundamental de acesso à informação (artigo 5º, XIV, CRFB/88) e previsto no art. 6, III, do CDC, de forma abrangente, o dever de informação prolonga-se por todas as fases do contrato (pré-contratual, de execução do contrato e pós-contratual) e aparece em diversos dispositivos do CDC.

O dever de informação pode ser analisado por duas perspectivas: por um lado, tem-se, o direito de informar do fornecedor – já que a publicidade, como meio de informação, é uma faculdade do fornecedor que pretender dela se utilizar – e, por outro, há o direito do consumidor de ser informado – que gera o dever de informar que recai sobre o responsável pela produção da publicidade. Ou seja, o fornecedor não é obrigado a realizar um anúncio publicitário, da mesma forma que o influenciador não é obrigado a aceitar realizar uma publicidade, mas, uma vez que optem por fazê-lo, devem respeitar o direito à informação do consumidor, o que gera um dever de informação a seu encargo. Cabe esclarecer que os meios para a divulgação de informação ao consumidor podem ser os mais diversos – entre eles, a publicidade, que também deve observar tal dever – razão pela qual é relevante para o presente estudo.

De início, é interessante compreender a razão por trás da existência de tal dever legal. Com o escopo de equilibrar a relação de consumo, o CDC não poderia deixar de prestar atenção à questão da desigualdade informacional. Assim, a proteção do consumidor em relação ao recebimento de informações claras e adequadas decorre do déficit informacional entre o consumidor e o fornecedor, já que “este detém o conhecimento acerca de dados e demais dados sobre o processo de produção e fornecimento dos produtos e serviços no mercado de consumo”¹²⁶. Por essa mesma razão é que, como já mencionado, o art. 36, parágrafo primeiro,

¹²⁶ MIRAGEM, Bruno. op. cit., p. 214.

delega ao fornecedor o ônus de manter em sua guarda as informações que sustentem o anúncio publicitário.

Aliás, mais do que um dever de informação, Bruno Miragem defende que o CDC cria verdadeiro “dever de esclarecimento”¹²⁷, segundo o qual há a obrigação de “informar sobre os riscos do serviço, as situações em que o mesmo é prestado, sua forma de utilização, dentre outros aspectos relevantes da contratação”. Além disso, entende que o Código prescreve um “dever de informar *qualificado*”, na medida em que a informação prestada deve ser, de fato, esclarecedora, ou seja, passível de compreensão pelo destinatário, levando em conta as vulnerabilidades técnicas e fáticas do consumidor, em concreto. Em outros termos, o CDC “não exige simplesmente o cumprimento formal do oferecimento de informações, senão o dever substancial de que estas sejam efetivamente compreendidas pelo consumidor”¹²⁸.

Vale destacar que, embora o art. 31 elenque características sobre as quais devem ser prestadas informações adequadas, como ressaltado por Claudia Lima Marques, seu rol é

meramente exemplificativo, preocupando-se com as características físicas do produto (quantidade, qualidade, composição), com a sua repercussão econômica (preço e garantia), com a saúde do consumidor (prazo de validade e origem do produto) e com a segurança do consumidor (informação sobre os riscos que podem advir do produto).¹²⁹

Nesse sentido, precisa ser observado também o dever de ostensividade da informação, extraído do mesmo dispositivo, ao qualificar a informação que deve ser prestada como “ostensiva”. Ou seja, não atinge seu propósito a informação apresentada em letras muito pequenas ou colocada em local de pouco destaque. O mesmo se pode dizer da informação colocada em outro idioma que não possa ser compreendido por todos os destinatários, razão pela qual o CDC expressamente prevê a necessidade de que a informação esteja em língua portuguesa. Assim, entendemos, por exemplo, que o emprego do termo da língua inglesa *ad*, derivado de *advertising* (traduzido livremente como “anúncio”) para identificar a publicidade como tal, não cumpre os ditames do CDC, pois não se pode afirmar que tal informação atenderia aos requisitos da ostensividade e da facilidade de compreensão pelos consumidores em geral.

¹²⁷ MIRAGEM, Bruno. op. cit., p. 296.

¹²⁸ MIRAGEM, Bruno. op. cit., p. 146.

¹²⁹ MARQUES, Claudia Lima. op. cit., p. RB-4.2.

Em síntese, os consumidores têm o direito de serem informados de maneira ostensiva e adequada, especialmente sobre eventual nocividade ou periculosidade de produtos que possam trazer risco à sua saúde ou segurança, conforme disposto no art. 9.º do CDC. Outro não é o entendimento do STJ, como apontado por Claudia Lima Marques:

Realmente, como ensina o STJ, há um dever de ostensividade das informações previstas pelo art. 31 como as mais importantes, pois estas, em especial sobre preço, qualidade e origem podem ser decisivas para as decisões de consumo hoje. Em matéria de tabaco, o e. STJ já fixou: ‘O direito de informação está fundamentado em outros dois direitos, um de natureza fundamental, qual seja, a dignidade da pessoa humana, e outro, de cunho consumerista, que é o direito de escolha consciente. Dessa forma, a teor dos artigos 9º e 31 do CDC, todo consumidor deve ser informado de forma ‘ostensiva e adequadamente a respeito da nocividade ou periculosidade do produto’.¹³⁰

O dever de informar é complementado, ainda, pelo princípio da transparência, que, extraído do art. 4º, *caput*, do CDC, “se traduz na obrigação do fornecedor de dar ao consumidor a oportunidade de conhecer os produtos e serviços que são oferecidos e, também, gerará no contrato a obrigação de propiciar-lhe o conhecimento prévio de seu conteúdo”¹³¹. Diferentemente do Código Civil, que somente inclui a causa como elemento de vício de consentimento se for a causa *determinante* do ato (art. 140 do Código Civil), no CDC, por consequência do princípio da transparência, o legislador acabou por conceder uma importância maior aos motivos pelos quais o consumidor adquire ou utiliza um produto ou serviço.¹³²

Diante desse robusto e minucioso sistema protetivo, Cláudia Lima Marques analisa de forma positiva a contribuição da farta principiologia adotada pelo CDC, que deve balizar a produção de publicidade no Brasil:

os princípios que regem o CDC no que se refere à vinculação através da oferta publicitária, à proibição da publicidade enganosa e abusiva, transformaram o mercado. Podemos afirmar que os princípios da boa-fé, transparência e proteção da confiança despertada dominam o regime da publicidade no Brasil.¹³³

Contudo, na prática publicitária, observa-se que, não raras vezes, tais princípios são frontalmente violados, incorrendo-se nos casos de publicidade ilícita previstos no CDC. Mas, diante da ilicitude em uma publicidade realizada por um influenciador digital, como se dará a

¹³⁰ MARQUES, Claudia Lima. op. cit., p. RB-4.2.

¹³¹ NUNES, Rizzato. op. cit., p. 298.

¹³² GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, p. 76-77.

¹³³ MARQUES, Claudia Lima. op. cit., p. RB-4.5.

responsabilização na esfera civil, e quem a suportará? Essa será a investigação objeto de análise no próximo capítulo.

CAPÍTULO III

INVESTIGAÇÃO TEÓRICA E PRÁTICA ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS POR PUBLICIDADES ILÍCITAS VEICULADAS AO PÚBLICO INFANTIL NO BRASIL

III.a. A caracterização da publicidade ilícita e casos de destaque no cenário nacional

Como visto no capítulo anterior, o CDC visou proteger o consumidor de eventuais práticas abusivas através do estabelecimento de princípios e *standards* de comportamento que devem orientar a atividade publicitária. Quando estes são desrespeitados, se está diante de uma publicidade ilícita, assim denominada por estar em contrariedade com o ordenamento jurídico. Para além de um ilícito civil, aspecto pertinente à investigação proposta por este trabalho, o CDC chega a tipificar certas condutas como ilícitos penais, o que reforça a intenção de dar efetividade à sua vedação, embora esse aspecto não seja o foco da presente análise e, por esse motivo, não vá ser aprofundado.

Expressamente, o art. 37 do CDC proíbe toda publicidade enganosa ou abusiva. Para Cláudia Lima Marques, “as regras presentes no CDC proibindo a veiculação de publicidade enganosa e publicidade abusiva, como verdadeiros atos ilícitos, parecem reforçar o regime ético da publicidade, estabelecido pelos arts. 30, 35, 36 e 38 do CDC”¹³⁴. Além disso, extrai-se do art. 36 do CDC a vedação às publicidades clandestina (também denominada oculta) e subliminar, em razão do mandamento legal de que a publicidade “deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

A publicidade enganosa, que encontra definição legal no art. 37, §§ 1º e 3º, do CDC, é aquela capaz de induzir o consumidor a erro quanto às reais características do produto ou serviço anunciado, por conter informação total ou parcialmente falsa, em sua modalidade comissiva, ou, ainda, por deixar de mencionar informação sobre dado essencial do objeto do anúncio, em sua modalidade omissiva. O “erro” a que o consumidor seria induzido pode ser definido como uma “falsa noção da realidade, falsa noção esta *potencial*, formada na mente do consumidor por ação da publicidade”, diante do que Cláudia Lima Marques defende que o

¹³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais (versão digital)**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-4.1.

“parâmetro para determinar se a publicidade é ou não enganosa deveria ser o observador menos atento, pois este representa uma parte não negligenciável dos consumidores e, principalmente, telespectadores”¹³⁵. A publicidade que desrespeita tal dever de cautela, por transmitir conteúdo falso, viola frontalmente o princípio da veracidade.

Como dito, a enganosidade pode ter origem em um ato comissivo – quando, por exemplo, o influenciador atribui falsamente, ou atesta sem qualquer base, que determinado produto ou serviço possua qualidades, características ou resultados na realidade inexistentes (ou, no mínimo, não comprovadas ou garantidas) – ou em um ato omissivo, isto é, pela falta de menção a dado essencial para a formação de vontade do consumidor ou para que esteja previamente consciente dos riscos do consumo de determinado produto ou serviço.

O mencionado “dado essencial”, nesse caso, deve ser entendido como aquele que seja, ao mesmo tempo, “inerente ao produto ou serviço e desconhecido do consumidor” e “cuja ausência influencie o consumidor na sua decisão de comprar, bem como não gere um conhecimento adequado do uso e consumo do produto ou serviço”.¹³⁶ Isso porque, se absolutamente toda característica do produto fosse mencionada, ter-se-ia uma “hiperinformação”, transformando a publicidade em uma “superbula”, que não serviria à sua função. Portanto, há que se ter bom-senso na seleção das informações que são realmente relevantes e devem ser transmitidas ao potencial consumidor para garantir o atendimento efetivo ao dever de informação.

Além disso, também devem ser consideradas dados essenciais (e, conseqüentemente, informadas ao consumidor) as informações que a lei determinar que o anúncio deva obrigatoriamente conter, como no caso dos anúncios de cigarro e bebidas alcoólicas que devem conter frases de advertência, conforme determinado pelo art. 3º, §2º da Lei nº 9.294/96¹³⁷.

¹³⁵ MARQUES, Claudia Lima. op. cit., p. RB-4.5.

¹³⁶ Rizzatto Nunes defende a construção de “um conceito de essencial naquilo que importa à publicidade. E, nessa linha, é de dizer que essencial será aquela informação ou dado cuja ausência influencie o consumidor na sua decisão de comprar, bem como não gere um conhecimento adequado do uso e consumo do produto ou serviço” (NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 1015.)

¹³⁷ Nos termos do art. 3º, §2º, da Lei nº 9.294/96, “a propaganda conterà, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios do fumo, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, segundo frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde, usadas seqüencialmente, de forma simultânea ou rotativa. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)” (BRASIL. **Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996**. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 01.07.2022.)

Rizzato Nunes sustenta, ainda, que o mesmo vale para o que o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária determinar como obrigatório, ainda que este não possua força normativa, caso em que também se configurará publicidade enganosa por omissão. Nesse mesmo tema, o Código de Autorregulamentação trata da publicidade de bebidas alcoólicas em seu Anexo P, recomendando, no item 4, que sejam incluídas cláusulas de advertência aos anúncios, exemplificando possíveis frases na Resolução nº 02/08¹³⁸.

Não são raros os casos recentes de representações no Conar em razão de publicidades dos referidos produtos sem a devida frase de advertência e/ou sem o uso de recurso para limitação de acesso por menores de idade em postagens em redes sociais – cuidado que é determinado pelo item 2, alínea “d” do Anexo P (“os websites pertencentes a marcas de produtos que se enquadrem na categoria aqui tratada deverão conter dispositivo de acesso seletivo, de modo a evitar a navegação por menores”), inclusive em clipes musicais. É o que se verifica, por exemplo, no caso “51 Ice - Nego do Borel - Você partiu meu coração ft. Anitta, Wesley Safadão (vídeo oficial)” (Representação nº 017/20), julgado em abril de 2020:

O Conar recebeu perto de meia centena de reclamações de consumidores contra ação publicitária inserida em videoclipe do cantor Nego do Borel, promovendo a bebida alcoólica 51 Ice no canal do cantor em redes sociais. Não há mecanismo de restrição de acesso de menores de idade ao videoclipe, apesar de o canal permitir a habilitação de tal utilidade. O anúncio carece também de frase recomendando consumo prudente de bebidas alcoólicas e clara identificação como publicidade, conforme recomendado pelo Código. Em sua defesa, a Companhia Muller de Bebidas informa que desenhou a sua estratégia de mídia inserindo o anúncio apenas em canais vistos por público adulto. Sobre a veiculação no canal do cantor, a anunciante se exime, considerando não ter ingerência sobre ele. O relator não acolheu estes e outros argumentos da defesa. "Ao encomendar uma peça publicitária como esta, ou simplesmente aceitar fazer parte dela, o anunciante assume responsabilidade social e ética que deve ser analisada, questionada e a ele imputada", escreveu em seu voto. "Mesmo estando a peça em veiculação apenas no canal do artista, ela foi encomendada e paga pelo anunciante como uma peça publicitária para divulgação de sua marca e promoção das vendas do produto, devendo sim se submeter às responsabilidades de Anunciante perante o mercado e os consumidores". O relator concordou com as queixas dos consumidores e recomendou a alteração da peça publicitária, com a inclusão do filtro de idade, identificação correta como anúncio e inclusão de frase de advertência, como recomendado pelo Código. A proposta foi acolhida por unanimidade. Registre-se ainda que, por maioria de votos, a Câmara reputou que a alteração recomendada deva ser endereçada tanto ao anunciante quanto ao influenciador.¹³⁹

¹³⁸ Algumas frases sugeridas na Resolução nº 02/08 são: “Beba com moderação”; “Cerveja é bebida alcoólica. Venda e consumo proibidos para menores”; “Este produto é destinado a adultos”; “Evite o consumo excessivo de álcool”; “Servir cerveja a menor de 18 é crime”. (CONAR. **Resolução nº 02/08**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 01.07.2022.)

¹³⁹ CONAR. **Representação nº 017/20**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07.05.2021.

Também renderam polêmica as *lives* (transmissões ao vivo) realizadas durante a pandemia com o patrocínio de marcas de bebida alcoólica e sem a devida restrição de conteúdo a menores, como no caso “Diageo Brasil e Gustavo Lima – Zé da recaída” (Representação nº 015/20), julgado em março de 2020:

Perto de quinze denúncias de consumidores motivaram esta representação contra anúncio do whisky Old Parr inserido em videoclipe do cantor Gustavo Lima divulgado em redes sociais. Não havia restrição de idade de acesso ao conteúdo, apesar de a plataforma disponibilizar ferramenta de acesso seletivo para maiores de 18 anos. Além disso, não consta do anúncio frase recomendando consumo responsável de bebida alcoólica, como disposto pelo Código. Por fim, tendo em vista que o canal do cantor divulga diversos tipos de conteúdo, que podem ou não ter caráter publicitário, identificou-se possível violação às recomendações que tratam dos princípios da ostensividade da atividade publicitária e da clara identificação do anúncio como tal, igualmente determinadas pela ética publicitária. Número significativo de reclamações de consumidores seguiram sendo recebidas pelo Conar, depois da abertura desta representação, à qual foi aduzido anúncio de teor semelhante, também veiculado em redes sociais. A Diageo enviou defesa ao Conar, na qual informa que, como faz em regra na contratação de anúncios por influenciadores e artistas, inseriu cláusulas com obrigações relacionadas ao cumprimento de todas as normas de consumo aplicáveis, bem como a transparência na publicidade. A anunciante juntou aos autos notificação que enviara ao cantor Gustavo Lima, na qual pede providências imediatas no sentido de dar cumprimento ao contrato e ao Código. Juntou também informações que comprovariam sua total adesão às regras ético-publicitárias. Não houve defesa por parte do cantor, ainda que regularmente citado pelo Conar. A relatora iniciou seu voto citando o extraordinário sucesso de Gustavo Lima, seus milhões de seguidores e centenas de milhões de visualizações das peças publicitárias objeto desta representação. Ela considerou louvável que a Diageo disponha de um código de conduta e imponha seu cumprimento aos contratados. "Entretanto, a norma no papel de nada adianta e não alcança sua maior finalidade, que é a proteção de crianças e adolescentes (sem dúvida também fãs de Gustavo Lima), bem como a conscientização sobre o consumo responsável", escreveu em seu voto. Para a relatora, a simples notificação enviada ao cantor após a instauração da representação não exige a anunciante de responsabilidade. "Milhões de visualizações já teriam sido realizadas", afirma. Ela reconheceu o descumprimento das normas do Código e recomendou a alteração dos vídeos em seus trechos mercadológicos, para incluir clara e ostensiva identificação publicitária, mensagens de advertência e também ativação do filtro de idade para evitar ou minimizar acesso por menores de 18 anos. Recomendou ainda a pena de advertência à Diageo, pela falta de cuidados ao autorizara publicação de um anúncio em desacordo com normas que regem a atividade, e ao cantor, por deixar de observar as regras que a ele se aplicam enquanto protagonista de anúncios publicitários e influenciador de milhões de jovens. Seu voto foi aceito por unanimidade.¹⁴⁰

Vale frisar que “o Código nutre pela publicidade enganosa por omissão a mesma antipatia que manifesta pela publicidade enganosa comissiva”¹⁴¹, de modo que ambas são igualmente reprimidas pelo ordenamento jurídico, sendo proibida, inclusive, a manipulação de

¹⁴⁰ CONAR. **Representação nº 015/20**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07.05.2021.

¹⁴¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Curso brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 352.

“frases, sons e imagens para de maneira confusa ou ambígua para iludir o destinatário do anúncio”¹⁴². Um exemplo recorrente são as publicidades que mostram o consumo exagerado de alimentos como doces, refrigerantes e *fast-food*, omitindo informações nutricionais e alertas de que tais alimentos devem ser consumidos com moderação, sob pena de causar males à saúde da criança.

Em caso levado a julgamento pelo Conar em 2019, o influenciador infantil Lucas Neto publicou em suas redes sociais um vídeo de *unboxing* de 50 embalagens de ovos de páscoa da “Kinder Ovo”, alegadamente sem ter sido contratado pela Ferrero para tanto, porém, após recursos, foi mantida a recomendação de alteração e advertência à marca, por não ter adotado as diligências necessárias para retirar do ar o vídeo que estimulava o consumo exagerado do produto, violando o item 1, alínea “d” do Anexo H do CBARP:

FERRERO E LUCAS NETO: "LUCAS ABRINDO 50 KINDER OVOS"
 Mês/Ano Julgamento: JUNHO/2019 Representação nº: 106/18, em recurso extraordinário Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor Anunciante: Ferrero do Brasil e Lucas Neto Relator(a): Conselheiros Herbert Zeizer, Vitor Moraes de Andrade e José Maurício Pires Alves (votos vencedores) Câmara: Segunda e Quarta Câmaras, Câmara Especial de Recursos e Plenária do Conselho de Ética Decisão: Alteração e advertência Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 28, 30, 37 e 50, letra "a", do Código e seu Anexo H Resumo: Queixa de consumidora residente em Guariba (SP) motivou esta representação, contra vídeo veiculado em redes sociais no qual o influenciador Lucas Neto desembala 50 Kinder Ovos. Acompanhado por uma criança, ele vai mostrando os brinquedos contidos dentro dos ovos e ingerindo uma grande quantidade de chocolate. Para a consumidora, há claro desrespeito na peça publicitária em relação às recomendações do Código para a publicidade de produtos e serviços destinados a menores de idade. Além disso, como notou a direção do Conar, cabe questionamento sobre a correta identificação publicitária do anúncio. Em sua defesa, o influenciador negou tratar-se de publicidade e sim de unboxing, formato corriqueiro no meio. Informou não ter sido contratado pela Ferrero, tendo ele próprio adquirido os produtos mostrados. Estas informações foram ratificadas em defesa enviada pela Ferrero. Tais alegações convenceram os integrantes da Segunda e Quarta Câmaras que, por maioria de votos, deliberaram pelo arquivamento da representação, seguindo proposta do relator. A direção do Conar recorreu da decisão levando-a à Câmara Especial de Recursos. Lá, por maioria de votos, deliberou-se pela alteração agravada por advertência aos anunciantes, atendendo à proposta do autor do voto divergente. Ele levou em conta a natureza do produto - uma guloseima destinada a crianças de pouca idade -, o evidente estímulo ao consumo exagerado do produto e o fato de a Ferrero não ter adotado qualquer providência para retirar o vídeo do ar, o que lhe seria possível, dado ser a proprietária da marca. Apenas a Ferrero recorreu da decisão, apoiando o seu pedido no fato de ter ficado comprovado que ela não contratou a veiculação. Estas e outras alegações não convenceram a maioria dos 48 conselheiros que participaram da reunião plenária do Conselho de Ética, onde são julgados os recursos extraordinários. Por 20 votos a 18, deliberou-se pela manutenção da recomendação anterior.¹⁴³

¹⁴² NUNES, Rizzatto. op. cit., p. 898.

¹⁴³ CONAR. **Representação nº 106/18** (em recurso extraordinário). Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07.05.2021.

Vale registrar que a problemática em torno da influência negativa da publicidade aos hábitos alimentares das crianças (e, conseqüentemente, à sua saúde) vem sendo alvo de debates há muito tempo, inclusive no âmbito administrativo. Em 2006, a questão foi objeto da Consulta Pública nº 71/2006 realizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Após intenso debate popular, a Anvisa registrou as sugestões recebidas em audiência pública, porém, a versão que originou a Resolução nº 24/2010 foi bem diferente da proposta original, como apontado em artigo de coautoria da Diretora-Executiva do Instituto Alana¹⁴⁴ e coordenadora-geral do “Projeto Criança e Consumo”¹⁴⁵ Isabella Henriques¹⁴⁶, em especial por ter deixado de abordar diretamente a questão da publicidade dirigida às crianças (sem distinguir o direcionamento da mensagem a crianças e adultos) e de mencionar especificamente a questão da distribuição de brindes vinculados à compra de alimentos não saudáveis. Mas, embora tenha ficado aquém do que havia sido proposto, a Resolução foi considerada um relativo avanço em defesa da segurança alimentar e nutricional, pois “determinou que a publicidade de alimentos com altos teores de sódio, gordura saturada, gordura trans e açúcar e bebidas de baixo valor nutricional viesse sempre acompanhada de informes à população que apresentassem os riscos decorrentes do consumo excessivo destes produtos”¹⁴⁷.

Importante destacar que, já naquela época, considerava-se que “a publicidade e a divulgação de promoções com a distribuição de “brindes” aos pequenos é fator que interfere significativamente no consumo alimentar e na formação de seus hábitos alimentares.”¹⁴⁸, o que era reforçado por resultados de pesquisas, como o de que “85% dos pais afirmam que as peças publicitárias influenciam na escolha dos filhos”¹⁴⁹. Nesse ponto, a ilicitude desse tipo publicidade que incita o consumo exagerado de alimentos não saudáveis, como defendido pelo Conselho Federal de Psicologia¹⁵⁰, decorre do próprio fato de que a criança não possui

¹⁴⁴ O Instituto Alana consiste em “uma organização de impacto socioambiental que promove o direito e o desenvolvimento integral da criança”, segundo descrição contida no “site” da própria organização. Disponível em: <<https://alana.org.br/saiba-mais/>>. Acesso em: 04.07.2022.

¹⁴⁵ O Projeto Criança e Consumo, criado em 2006, “é multidisciplinar e atua em diferentes esferas para promover o tema e fomentar o diálogo. Recebe denúncias de publicidade abusiva dirigida às crianças e atua por meio de ações jurídicas, pesquisa, educação e advocacy, influenciando a formulação de políticas públicas e o amplo debate na sociedade civil.”, segundo informações contidas no site do Instituto Alana. Disponível em: <<https://alana.org.br/project/crianca-e-consumo/>>. Acesso em: 04.07.2022.

¹⁴⁶ HENRIQUES, Isabella; GONÇALVES, Tamara A. **Publicidade de alimentos e crianças: regulação no Brasil e no mundo**. 1. ed. Editora Saraiva, 2015. p. 33.

¹⁴⁷ HENRIQUES, Isabella; GONÇALVES, Tamara A. op. cit., p. 36.

¹⁴⁸ HENRIQUES, Isabella; GONÇALVES, Tamara A. op. cit., p. 21.

¹⁴⁹ Pesquisa realizada pelo DataFolha em janeiro de 2010. (HENRIQUES, Isabella; GONÇALVES, Tamara A. op. cit., p. 22.)

¹⁵⁰ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. op. cit, 2021.

discernimento para tomar escolhas conscientes no que concerne à sua saúde.

Quanto à aferição da enganiosidade no caso concreto, há divergências no que tange à necessidade de se examinar o anúncio por inteiro ou se bastaria que determinado trecho dele pudesse ser considerado enganoso – para que todo ele o fosse, então, ilícito. Apesar de o art. 17 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária¹⁵¹ dispor ser necessário para se aferir a conformidade de um anúncio o teste do “impacto provável do anúncio *como um todo*, sobre aqueles que irão vê-lo ou ouvi-lo”, em uma “análise global”, Nunes discorda desse entendimento, afirmando que

não importa se a enganiosidade advém de parte do anúncio ou de sua projeção global sobre o público. Não interessa também saber se o teor da ilusão está só no aspecto visual ou apenas no oral ou escrito. O que vale é o resultado do impacto sobre o consumidor (aliás, o resultado potencial; nem precisa ser real). Se por qualquer dos aspectos considerados isoladamente (visual, oral, verbal etc.) ou se pelo contexto global insinuar-se a enganiosidade, o anúncio já estará caracterizado como enganoso.¹⁵²

Concorda-se com a análise acima, em especial diante do aspecto da hipervulnerabilidade do destinatário criança/adolescente, pois um pequeno “detalhe” que possa ser considerado irrelevante no “todo”, ao olhar mais apurado de um adulto, pode ser decisivo para a captura abusiva daquele consumidor mais vulnerável. Exemplo disso, referente à distorção de tamanho, é destacado por Scartezzini:

Devemos ter atenção redobrada quando os anúncios forem dirigidos aos menores de 12 anos de idade. Esses anúncios em regra são repletos de fatos que não representam a realidade, como o tamanho dos brinquedos, seu real funcionamento e qualidades. Serão esses comerciais enganosos, pois tal situação, sem dúvida, influenciará no querer da criança, gerando-lhe uma expectativa que será futuramente frustrada.¹⁵³

Indo além, o autor considera que a ambiguidade e o exagero (técnica de *puffing*, mencionada no primeiro capítulo), caso sejam utilizados com o intuito de confundir o consumidor e induzi-lo a erro, ainda que somente uma das possíveis interpretações possa levar

¹⁵¹ Nos termos do art. 17 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, “Ao aferir a conformidade de uma campanha ou anúncio aos termos deste Código, o teste primordial deve ser o impacto provável do anúncio, como um todo, sobre aqueles que irão vê-lo ou ouvi-lo. A partir dessa análise global é que se examinará detalhadamente cada parte do conteúdo visual, verbal ou oral do anúncio, bem como a natureza do meio utilizado para sua veiculação.” (CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 01.07.2022).

¹⁵² NUNES, Rizzatto. op. cit., p. 992.

¹⁵³ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. op. cit., p. 135.

a esse resultado, também configurariam publicidade enganosa. Caso, por outro lado, sejam evidentes ao consumidor médio, serão recursos considerados inofensivos.

Destaque-se, entretanto, que, em se tratando de um público infantil, deve-se ter cuidado com o que se considera “inofensivo”, levando em conta sua condição de pessoa em desenvolvimento, bem como o fato de que, em concreto, o exagero e a ambiguidade podem não ser facilmente detectadas por esses hipervulneráveis. É o caso de se dizer que certo produto é “o melhor” do mercado, o que pode ser tomado como uma verdade absoluta pela criança, influenciando sua formação de vontade de maneira abusiva. Observa-se um possível exemplo disso no caso intitulado “B2W e Lucas Rangel - Vocês escolheram qual o melhor material escolar de 2020!!!” (Representação nº 013/20), apesar de a “condenação” do Conar ter sido embasada na questão da ausência de identificação da publicidade.

A publicidade abusiva é, então, em resumo, “a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo.”¹⁵⁴ Dentre outras hipóteses, o rol exemplificativo do art. 37, § 2º, do CDC aponta como abusiva aquela que “explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança” e a que “seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança” – ou seja, como adiantado, publicidades que se aproveitem de sua hipervulnerabilidade, violando o dever anexo de lealdade. Interessante ressaltar que, apesar de, em regra, o CDC não abordar diretamente a questão da publicidade dirigida ao público infantil, esse dispositivo menciona expressamente o sujeito *criança* como destinatário de possível publicidade abusiva, demonstrando especial preocupação diante de sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Uma forma comum de publicidade abusiva é a utilização de imperativos de consumo que incitam uma “necessidade” ou “ordem” de consumo, incentivando o sentimento de que a criança precisa possuir o produto para que não se sinta discriminada em relação aos que o possuem. Outro tipo de mensagem publicitária abusiva é a que incentiva a criança a agir de determinada forma para constranger os pais a comprarem o produto, muitas vezes por meio de atitudes socialmente reprováveis ou mesmo danosas à sua saúde. Para fins ilustrativos, invoca-se o exemplo abordado por Paulo Scartezini, por sua nítida abusividade (embora se refira a

¹⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima. op. cit., p. RB-4.5.

uma publicidade veiculada em meio de comunicação tradicional e realizada por celebridade): antigos comerciais de produtos da Xuxa sugeriam que as crianças adotassem condutas como fazer “malcriações” na escola, jogar fora os tênis usados para a compra dos anunciados e, até mesmo, caso o presente não fosse recebido, fazer greve de fome¹⁵⁵.

Contemplando exatamente esses tipos de publicidades abusivas, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em seu art. 37, além de vedar terminantemente qualquer imperativo de consumo direto à criança, em seu item 1, determina que os anúncios abstenham-se de “provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo” (alínea “e”) e, em seu item 2, elenca os cuidados que devem ser adotados em anúncios de produtos destinados ao consumo por crianças e adolescentes, dentre os quais “abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis” (alínea “e”).

Ademais, no item 1, alínea “f” do mesmo artigo, determina a abstenção de “empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto”. Diante de tal disposição, percebe-se que a atuação publicitária de influenciadores mirins ao realizar publicidades em suas redes sociais, de produtos voltados à sua faixa etária em geral, fica bastante limitada, ou mesmo inviabilizada, na medida em que, no meio digital, a publicidade normalmente é exercida por meio de sugestões de recomendações ou sugestões de uso.

Como destacado por Guilherme Martins, a relevantíssima Seção 11 do Código de Autorregulamentação, no que tange à prevenção da publicidade abusiva, também se preocupa, para além dos imperativos de consumo, em determinar a abstenção a uma conduta que provoque sentimentos de superioridade através do consumo e inferioridade por sua ausência (art. 37, item 1, alínea “d”), na mesma linha de mensagens que “provoquem deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto” (alínea “b” do mesmo dispositivo):

De forma complementar ao controle estatal, a Seção 11 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária não admite que a publicidade contenha apelo

¹⁵⁵ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. op. cit., p. 146-147.

imperativo de consumo direcionado diretamente a crianças e adolescentes, p.ex. “*peça para a mamãe comprar*”, advertindo ainda, em seu art. 37 e ss., que a publicidade infantil não deve gerar sentimentos de superioridade e rel a outras crianças em razão do consumo de outro produto, ou, na sua falta, de inferioridade (“eu tenho, você não tem”), ou mesmo provocar sentimento de discriminação.¹⁵⁶

No âmbito digital, em caso relativamente recente levado à apreciação do Conar em junho de 2018, intitulado “Nestlé, Mondelez, Arcor, Lojas Americanas e Luccas Neto - Livrão do Luccas Neto” (Representação nº 108/18), considerou-se caracterizada a ocorrência de abusividade em razão do emprego de imperativos de consumo frases como “você precisa correr para comprar o livrão enquanto está na pré-venda” e “quando esgotar não vai ter como comprar”:

Vídeo veiculado em internet do influenciador Luccas Neto em proveito publicitário da Nestlé, Mondelez, Arcor e Lojas Americanas foi denunciado ao Conar por dois consumidores paulistanos. Eles entenderam haver no vídeo vários apelos imperativos de consumo dirigidos a menores de idade - por exemplo: “você precisa correr para comprar o livrão enquanto está na pré-venda” e “quando esgotar não vai ter como comprar”. Tal prática é reprovada pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. A defesa do influenciador negou tratar-se de publicidade, não havendo negociação comercial com as empresas citadas, sendo o conteúdo opiniões próprias de Luccas Neto. As quatro empresas enviaram manifestação ao Conar, negando envolvimento com o vídeo. Em seu extenso voto, o conselheiro relator repassou a história e as bases da autorregulamentação publicitária, rebatendo vários pontos da defesa enviada pelo influenciador. A seguir, o relator discorreu sobre a questão da identificação publicitária e os contornos que a questão ganhou a partir da proliferação dos influenciadores em plataformas digitais, lembrando que há farta jurisprudência no Conselho de Ética sobre situações como a descrita no processo, quando, mesmo com as partes negando existir relações comerciais entre elas, é possível estabelecer algum tipo de vínculo que resulte em proveito publicitário. O relator dividiu as suas recomendações em duas partes. Na primeira delas, abrangendo a divulgação do denominado “Livrão do Luccas Neto”, propôs a alteração, de forma a suprimir uma série de afirmações que visam, no entendimento do relator, coagir o consumidor a tomar uma decisão imediata em função de informação falsa. Ele recomendou também que sejam acrescentadas ao vídeo sinalizações que não deixem dúvida de que se trata de publicidade. Na segunda parte do voto, tratando das marcas, o relator considerou ter havido perda de objeto, pelo que recomendou o arquivamento. Seu voto foi aceito por unanimidade.¹⁵⁷

Paradigmático exemplo de publicidade abusiva, para fins ilustrativos, por sua clara subsunção à hipótese normativa de ser “capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”¹⁵⁸, é o caso do comercial da roupa do *Superboy*, frequentemente relatado na doutrina¹⁵⁹. O referido anúncio publicitário consiste em

¹⁵⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães. op. cit., p. 310-311.

¹⁵⁷ CONAR. **Representação nº 108/18**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07.05.2021.

¹⁵⁸ Trecho do § 2º do art. 37 do CDC (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 01.07.2022)

¹⁵⁹ O caso é relatado por Rizzatto Nunes (NUNES, Rizzatto, op. cit., p. 1034) e também mencionado por Scartezini (GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. op. cit., p. 146)

uma cena, numa cidade grande, em que um rapaz do sexo masculino de aparente idade adolescente, se encontra na janela do 3º andar de uma escola e, do lado de fora, há uma mulher presa às ferragens de um carro acidentado ao lado de um caminhão-tanque de gasolina, de onde sai fumaça, indicando iminente risco de explosão. Ao ouvir um grito de socorro, o rapaz corre em direção ao banheiro, veste seu traje e capa de *Suberboy* e sai pela janela voando para salvar a mulher, segundos antes de a explosão ocorrer. De longe, o *Superboy* aparece soprando o fogo para apagá-lo. Em seguida, o comercial anuncia a venda da roupa do super-herói.

Sob o olhar de um adulto, é evidente ser impossível e fora da realidade que uma roupa de super-herói permitisse uma pessoa sair voando pela janela ou apagar um incêndio com o sopro. Contudo, tal conteúdo publicitário, dirigido ao público infantil, sem dúvidas, além de ser enganoso por poder gerar uma falsa expectativa sobre as características do produto anunciado (acreditando-se que a roupa confira poderes sobre-humanos a quem a vista), pode vir a incentivar que a criança se exponha a situações graves de perigo real para tentar salvar outras pessoas, em um ato romantizado pelo comercial como de “bravura”, mas que, na realidade, seria completamente inconsequente e perigoso. Conforme adiantado no primeiro capítulo, ao que indicam os estudos de Jean Piaget sobre as etapas do desenvolvimento cognitivo infantil, os efeitos de uma mensagem publicitária como essa, que mistura elementos de fantasia e realidade, seriam ainda mais danosos para crianças com idade entre 2 a 4 anos.

Quanto à aferição da publicidade ilícita (sobretudo a abusiva), na prática, não é necessário que o dano dela decorrente tenha sido sofrido por um consumidor “real”, concretamente considerado – por exemplo, que alguma criança tenha efetivamente recebido o produto anunciado e realizado uma conduta de risco à sua segurança por influência da publicidade –, bastando que tal danosidade seja potencial, em uma análise abstrata. Rizzato Nunes assim explica a importância dessa visão para o controle preventivo (e, nesse caso, efetivo) da publicidade:

para saber do abuso é suficiente que se leve em consideração o consumidor ideal. É ele que deve servir de parâmetro para a avaliação. Ainda que num caso particular aquele consumidor não se tenha sentido lesado, se o anúncio for capaz de atingir o consumidor em potencial, será abusivo. Por isso, também com a publicidade abusiva o melhor controle é preventivo. O anúncio já é abusivo antes de atingir qualquer consumidor em concreto; basta ter sido veiculado. Da mesma maneira, é possível detectar um anúncio abusivo sem nem sequer verificar o produto ou o serviço

concretamente. Basta que do próprio texto, da imagem do anúncio, se extraia a abusividade.¹⁶⁰

Como dito acima, em muitos casos, a abusividade da publicidade pode ser aferida independentemente da sua relação com o produto ou serviço, ou seja, ela pode se demonstrar abusiva pela própria mensagem ou situação que apresenta. Em outros casos (e especialmente na publicidade enganosa), dependerá do exame das características do produto, caso o vício esteja relacionado à apresentação de suas qualidades, ainda que o reconhecimento da ilicitude não dependa de efetivo dano causado a consumidor real. Mas o presente trabalho se dedica, sobretudo, a analisar justamente os vícios que podem ser percebidos pela análise da mensagem publicitária pura, por serem mais objetivamente identificáveis em uma análise atenta e, por outro lado, sutis o bastante para passarem despercebidos pela observação superficial de muitos adultos, o que os torna ainda mais danosos ao público infantil.

A publicidade clandestina ou oculta, por seu turno, é a que viola o princípio da identificação da mensagem publicitária, presente no art. 36 do CDC, que preceitua que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, *fácil e imediatamente*, a identifique como tal”¹⁶¹, cuidado que se deve especialmente ao fato de possuir intenção persuasiva. A publicidade clandestina, então, além de violar frontalmente o art. 36, também desrespeita o princípio da transparência presente no art. 4º do CDC e o direito-dever à informação, presente no art. 6º, III, do CDC. Como bem apontado por Benjamin, Marques e Bessa, a “publicidade que não quer assumir a sua qualidade é atividade que, de uma forma ou de outra, tenta enganar o consumidor. E o engano, mesmo o inocente, é repudiado pelo Código de Defesa do Consumidor”¹⁶², independentemente da intenção pessoal de quem veicula a mensagem, como se analisará no subcapítulo seguinte.

Não há dúvidas de que uma publicidade que não se apresenta inteiramente como publicidade é mais atrativa, apelativa e, conseqüentemente, mais persuasiva. Isso sem contar que no ambiente digital de produção de conteúdo, são tênues os limites entre a aparição ocasional e espontânea de marcas consumidas pelo influenciador em seu dia-a-dia e a introdução de determinada marca nas postagens com intuito de divulgação comercial, sendo

¹⁶⁰ NUNES, Rizzatto. op. cit., p. 1044.

¹⁶¹ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 01.07.2022

¹⁶² BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor (versão digital)**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. RB-8.41.

difícil diferenciar o conteúdo habitualmente produzido e a vida pessoal espontaneamente compartilhada (em que naturalmente aparecerão itens de consumo) e, de outro lado, as postagens patrocinadas por marcas.

Para evitar a publicidade clandestina, justamente, o Conar recomenda, na cartilha “Guia de publicidade por influenciadores”, que os influenciadores acrescentem a expressão “publicidade”, “publi” ou “publipost” na mensagem com tal intuito. Aliás, como já mencionado no capítulo anterior, é discutível se o emprego do termo em inglês *ad* utilizado no Brasil atenderia a tal dever de identificação, considerando que muitas pessoas que não tenham domínio da língua inglesa seriam privadas de apreender o significado do alerta, que passaria despercebido para parte do público. Em atualização relativamente recente, o Instagram adicionou ferramenta para o produtor de conteúdo vincular a postagem de foto ou vídeo no *feed* à marca patrocinadora, com os dizeres “publicidade paga com [nome da marca]” no topo da postagem.

Tal problemática é agravada, no contexto do *marketing* digital, pelo frequente recurso ao *native advertising*, técnica de persuasão já apresentada no primeiro capítulo que possui o intuito de tornar a mensagem publicitária veiculada pelo influenciador mais interessante à sua audiência, em especial por ser necessário o engajamento do público para que a publicação alcance mais pessoas organicamente, através do algoritmo, e soe mais natural e integrada ao seu conteúdo habitual. Isso, naturalmente, é mais danoso ainda em se tratando de um público infantil, pouco preparado para perceber as estratégias da publicidade.

Também causa polêmica a adequação da técnica de *product placement* (também chamado *merchandising*), que, embora seja originário de produções artísticas como filmes e novelas, também pode ser observado no meio digital, através da aparição aparentemente aleatória de produtos e marcas nas fotos e vídeos postados pelos influenciadores, com a real intenção de promover sua divulgação. A princípio, pode-se dizer que não há uma proibição expressa da prática pelo ordenamento jurídico brasileiro, desde que haja o atendimento ao princípio da identificação da mensagem publicitária (art. 36 do CDC) – tarefa em que encontra dificuldade.

Herman Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Bessa enunciam que a compatibilização de dessa prática com o CDC não é fácil, embora seja imprescindível, diante

do que propõem a seguinte solução, que consiste na informação prévia de que a exibição conterá “merchandising” de determinado produto:

A melhor delas, sem dúvida, é a utilização de “créditos”, ou seja, a veiculação antecipada de uma informação comunicando que, naquele programa, peça ou filme, ocorrerá *merchandising* de tais e tais produtos ou serviços. Não vejo aí violação do requisito da imediatidade. Esta tem por *ratio* evitar a identificação a posteriori. Ora, o crédito simplesmente fornece os elementos necessários para que o consumidor, no momento da veiculação do *merchandising*, possa identificá-lo, de imediato, como publicidade. Por cautela, o crédito, nos programas que são fragmentados, deve ser reapresentado tantas vezes quantos sejam os fragmentos. E, para proteger os consumidores que não tenham oportunidade de assistir ao início do programa (ligaram a televisão após a abertura da novela, por exemplo), também se deve exigir que os créditos sejam repetidos ao final de cada fragmento.¹⁶³

Rizzatto Nunes, em tom mais crítico, ao tratar da proibição da publicidade clandestina pelo art. 36 do CDC, avalia, em primeira análise, que a prática do *merchandising* “afronta diretamente essa norma”¹⁶⁴. Em seguida, pondera que o problema está no *merchandising* que tem como finalidade a ocultação de sua natureza comercial, impedindo a avaliação crítica do consumidor. Diante disso, ainda que ceticamente, ele admite que uma alternativa para permitir a utilização da técnica seria a “inclusão, antes da exibição do filme, programa ou novela, de um aviso de que na programação que se seguirá estará sendo usado o *merchandising*”¹⁶⁵, em conclusão semelhante à dos autores acima mencionados.

Se, por um lado, o CDC não faz menção expressa a essa técnica, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, incisivamente, em seu art. 37, “item 3”, “condena a ação de *merchandising* ou publicidade indireta contratada que empregue crianças, elementos do universo infantil ou outros artifícios com a deliberada finalidade de captar a atenção desse público específico, qualquer que seja o veículo utilizado”(“item 3”)¹⁶⁶. Ou seja, embora a prática não seja considerada proibida, *a priori* – na medida em que se chega a listar, no “item 5”, critérios para a avaliação da sua conformidade, dentre os quais o de que seja dirigida a um público-alvo adulto – é considerada inadequada ao público infantil.

Mas, ainda assim, a problemática da identificação, comum à publicidade digital e ao *merchandising*, facilmente resolvível por meio do alerta escrito, encontra obstáculo no campo

¹⁶³ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. op. cit., p. RB-8.42.

¹⁶⁴ NUNES, Rizzatto. op. cit., p. 978.

¹⁶⁵ NUNES, Rizzatto. op. cit., p. 983.

¹⁶⁶ CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf>. Acesso em: 01.07.2022.

particular da publicidade voltada ao público infantil. Isso porque muitas crianças expostas à publicidade digital ainda não estão completamente alfabetizadas para compreender o alerta escrito, de modo que somente absorvem o conteúdo gráfico e a mensagem oral do anúncio, escapando-lhes o alerta de publicidade. E, ainda que sejam alfabetizadas e, portanto, capazes de ler, por exemplo, o vocábulo “publicidade” adicionado na descrição de um vídeo do Youtube ou ao final de uma legenda de foto no Instagram, podem não apreender completamente o sentido de alerta da simples palavra, sem contar que os estímulos visuais e auditivos tendem a capturar a atenção da criança muito mais do que o texto escrito.

Concluindo-se, então, que o *product placement* direcionado ao público infantil, na prática, costuma se mostrar inconciliável com a necessária identificação da mensagem publicitária preceituada pelo art. 36 do CDC, pode-se dizer que, por definição, nesses casos, se está diante de publicidade clandestina. A publicidade clandestina também é implicitamente vedada pelo art. 9º do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que preceitua que “a atividade publicitária de que trata este Código será sempre ostensiva”.

Contudo, embora essa seja a orientação do Conselho, existem inúmeros casos de publicidade clandestina levados à sua apreciação, como, por exemplo, o caso “Lucas Neto e Loja do Lucas Toon” (Representação nº 091/20), julgado em julho de 2020:

Denúncia de consumidor motivou esta representação contra três vídeos veiculados em redes sociais por Luccas Neto, divulgando linha de brinquedos. Para o consumidor, não fica clara a distinção entre conteúdo editorial e publicitário, em oposição às recomendações do Código. Os vídeos têm os seguintes títulos: "Luccas Neto quer brincar de piscina gigante dentro da sala", "Boneco Luccas Neto" e "Luccas Neto e o desaparecimento da sua bicicleta". Os anunciantes enviaram defesa conjunta ao Conar, alegando não se tratar de publicidade a menção à piscina. Em relação ao segundo e terceiro vídeos, consideram ser bastante óbvias as ações publicitárias e que elas estão convenientemente caracterizadas como tal. A defesa dá notícias também sobre o que considera ser grande esforço do influenciador e sua equipe "em adequar a atuação profissional de forma perfeitamente afinada com a legislação em vigor, inclusive às determinações do Conar", tendo até produzido um manual de adequação, que foi juntado ao processo. Tais esforços foram devidamente reconhecidos pelo relator da representação. Ele notou, porém, alguns pontos nos vídeos que merecem aprimoramento, tais como apelo imperativo de consumo e identificação publicitária em alguns trechos. O relator notou ainda que dois dos vídeos giram inteiramente em torno dos produtos anunciados, o que desatende recomendação do artigo 23 ("Os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade") e 37 do Código, que reúne os cuidados que os anúncios devem ter ao serem dirigidos a uma audiência mais vulnerável, como é o público infantil. Por isso, ele propôs a alteração dos três vídeos, sendo acompanhado por unanimidade.¹⁶⁷

¹⁶⁷ CONAR. **Representação nº 091/20**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07.05.2021.

Por fim, cabe distinguir da publicidade clandestina a figura da publicidade subliminar. Esta, muito mais grave, atingiria o inconsciente do destinatário por meio do sugestionamento, razão pela qual é terminantemente proibida no mundo desde os anos setenta¹⁶⁸.

Estudadas as vedações estabelecidas pelo CDC e a caracterização das publicidades consideradas ilícitas, passa-se a analisar a responsabilidade civil decorrente de sua prática.

III.b. A responsabilidade objetiva e solidária preceituada pelo CDC

Primeiramente, é necessário lembrar que o CDC estabelece em seu art. 6º, VI, como direito básico do consumidor, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”, o que não pode ser afastado por eventual cláusula contratual, que seria abusiva e, portanto, nula de pleno direito, conforme preceitua o art. 51, I, do CDC.

Interessante observar, em primeiro plano, que esse dispositivo positiva expressamente as funções preventiva e repressiva da responsabilidade civil na seara do direito do consumidor, em que pese existir crítica doutrinária sobre a compatibilidade da função preventiva com o ordenamento pátrio, como se verá a diante. De maneira semelhante, o art. 4, VI preceitua a “*coibição e repressão eficientes* de todos os abusos praticados no mercado de consumo”.

A fim de conferir efetividade a tais direitos, o art. 6, VII, vem reforçar a garantia constitucional ao efetivo acesso à justiça, através do qual é assegurado ao consumidor “o *acesso aos órgãos judiciários e administrativos*, com vistas à *prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos*, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”. Ou seja, a própria tutela jurisdicional não deve se limitar à atuação repressiva (ou seja, posterior à prática da conduta lesiva), mas deve se dar também de maneira preventiva à ampliação de danos – por exemplo, através da concessão de tutela de urgência para suspender a veiculação de publicidade nitidamente abusiva, agindo, assim, para conter a rápida disseminação de informação inadequada ou prejudicial a mais destinatários, em especial em ambiente digital.

¹⁶⁸ MARQUES, Claudia Lima. op. cit., p. RL-1.12

Além da via judicial, o controle da publicidade é também realizado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar). Embora esse controle seja também feito *a posteriori* – afinal, a censura é terminantemente vedada pela CRFB/88 –, observa-se nas decisões do Conar a adoção de medidas específicas para a contenção do dano; por exemplo, a correção da inadequação, que em geral acaba por ser efetivamente implementada e, aparentemente, gera uma certa observância pelos fornecedores em geral de suas recomendações, em razão do prestígio do órgão, como se comentará mais a diante.

Falhando, contudo, os meios extrajudiciais ou o esperado efeito preventivo do controle da publicidade, com a consumação de uma publicidade ilícita, deverá ser analisada a responsabilidade civil dos envolvidos. Esta, tradicionalmente, necessita de 3 elementos para sua incidência: dano, culpa e nexo causal. Ou seja, além de comprovar a ocorrência de um dano, a vítima deveria também demonstrar a culpa do ofensor em sua conduta e o nexo de causalidade entre a conduta praticada e o dano sofrido, para que fizesse jus ao ressarcimento do dano. Essas duas “barreiras” (culpa e nexo de causalidade) chegaram a ser chamadas “filtros da responsabilidade civil” ou “filtros da reparação”, como evidencia Schreiber, “por funcionarem exatamente como óbices capazes de promover a seleção das demandas de ressarcimento que deveriam merecer acolhida jurisdicional”¹⁶⁹.

Na obra “Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos”, o autor critica a atual situação de “erosão” desses filtros tradicionais, isto é, a relativa perda de importância de tais parâmetros no processo de determinação de quais danos são ressarcíveis em concreto, provocando, na prática, um aumento injustificado e assistemático da quantidade de danos que geram obrigação de indenizar – embora valha pontuar que a crítica não é direcionada ao positivo reconhecimento de novos danos morais e coletivos, a partir da visão constitucional do direito civil¹⁷⁰. Vejamos, então, de que modo tais elementos são analisados na questão do controle da publicidade realizado pelo CDC.

¹⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 11.

¹⁷⁰ Por exemplo, o art. 5º, inciso V, CRFB/88 faz referência expressa não apenas ao dano material, mas também ao dano moral e à imagem. Além disso, a posituação da dignidade da pessoa humana no art. 1º, III, CRFB/88 confere status constitucional à proteção dos direitos da personalidade.

Quanto ao elemento dano, considerando os casos em que a responsabilidade civil é intrínseca, ou seja, decorrente da própria mensagem publicitária e/ou características do produto (e não fatos do produto ou serviço, também chamados acidentes de consumo), “a responsabilidade decorre dos vícios inerentes aos bens e serviços e, nesses casos, o evento danoso está *in re ipsa*”¹⁷¹.

Nesse sentido, Rizzato Nunes afirma que a ocorrência de um “dano real” não é necessária para a constatação da abusividade da publicidade:

também é importante frisar que para a caracterização da natureza abusiva de um anúncio não é necessário que ocorra de fato um dano real ao consumidor, uma ofensa concreta. Basta que haja perigo; que exista a possibilidade de ocorrer o dano, uma violação ou ofensa. A abusividade, aliás, deve ser avaliada sempre tendo em vista a potencialidade do anúncio em causar um mal.¹⁷²

Ademais, considerando-se que a informação é elemento inerente ao produto ou serviço e é dever do fornecedor e direito do consumidor ter acesso a ela, além de que a publicidade é comunicação de natureza informacional, pode-se afirmar que “o consumidor pode sofrer dano por defeito não necessariamente do produto, mas da informação inadequada ou insuficiente que o acompanhe ou, ainda, pela falta da informação”. Embora a lei não mencione expressamente essa última hipótese, Rizzato Nunes defende que seja logicamente decorrente das demais, pois, se a informação insuficiente pode causar dano; sua completa ausência, mais ainda.

Passando-se ao exame do elemento culpa, destaca-se que, como adiantado em referência a Anderson Schreiber, após muito tempo sendo considerado pilar essencial da responsabilidade civil, esse elemento passou a ser cada vez mais flexibilizado (o que chama “o ocaso da culpa”), com o surgimento dos institutos da culpa presumida e da responsabilidade objetiva, isto é, aquela que independe do exame da culpa.

O histórico processo de perda de importância do elemento subjetivo se explica pelo aumento de acidentes provocados no contexto da Revolução Industrial e de massificação da produção e do consumo (contexto em que também ganhou destaque a atividade publicitária). Diante disso, o que justificou a mitigação desse parâmetro foi a extrema dificuldade ou incapacidade da vítima de comprovar a culpa do agente, beirando uma “prova diabólica”¹⁷³,

¹⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 480.

¹⁷² NUNES, Rizzato. op. cit., p. 1034.

¹⁷³ SCHREIBER, Anderson. op. cit., p. 17.

diante de acidentes relacionados às novas tecnologias (como acidentes de trabalho e em meios de transporte). Isso se deveu tanto ao desconhecimento técnico dos consumidores em relação ao funcionamento das máquinas, quanto ao fato de os danos terem passado gradualmente a ser entendidos como inerentes ao próprio desempenho da atividade, com o nascimento da teoria do risco.

Assim, após período de intenso ataque doutrinário à culpa, a responsabilidade objetiva passou a ser adotada em quase todos os ordenamentos jurídicos pelo mundo, sobretudo em leis especiais, como é o caso do CDC, conforme aspectos destacados por Carlos Roberto Gonçalves:

O Código de Defesa do Consumidor, atento a esses novos rumos da responsabilidade civil, também consagrou a responsabilidade objetiva do fornecedor, tendo em vista especialmente o fato de vivermos, hoje, em uma sociedade de produção e de consumo em massa, responsável pela despersonalização ou desindividualização das relações entre produtores, comerciantes e prestadores de serviço (...). Em face dos grandes centros produtores, o comerciante perdeu a preeminência de sua função intermediadora.”¹⁷⁴

No Código Civil, as responsabilidades subjetiva e objetiva coexistem, sendo aplicada como regra geral a primeira, e, eventualmente, a segunda, quando a lei expressamente sinalizar que a responsabilidade independe de culpa em determinado caso. Por outro lado, no CDC, a responsabilidade será sempre objetiva, em regra, conforme o art. 12¹⁷⁵, sendo a única exceção a responsabilidade do profissional liberal, que será subjetiva¹⁷⁶.

Em interpretação sistemática dos artigos 37 e 38, Claudia Lima Marques pontua que o CDC teria instituído uma “presunção quase absoluta de culpa”¹⁷⁷ do fornecedor que veicular uma publicidade enganosa – já que o art. 38 inverte o ônus da prova sobre sua enganiosidade ou não – de modo que o fornecedor, para se exonerar, precisaria comprovar a quebra do nexo de causalidade. E, além disso, o elemento subjetivo (vontade daquele que fez veicular a mensagem

¹⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit. p. 472

¹⁷⁵ “Art. 12 O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.” BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 01.07.2022

¹⁷⁶ Sustenta-se que esse não é o caso que se observa na publicidade realizada por influenciadores, pois, ainda que estes possam ser considerados profissionais liberais em sua atividade profissional, assumem tal posição ao prestarem seus serviços às empresas anunciantes com quem firmam contratos publicitários, inexistindo relação desse tipo para com os seguidores destinatários da publicidade.

¹⁷⁷ MARQUES, Claudia Lima, op. cit., p. RB-4.5.

publicitária) não importa à análise da enganiosidade da publicidade, pois o que é proibido é o seu resultado, ou seja, que a publicidade induza o consumidor a formar falsa noção da realidade¹⁷⁸. O mesmo vale para a publicidade abusiva:

não é necessária a vontade específica dolosa ou que a aproximação entre fornecedor e consumidor tenha sido com o intuito direto de vender, de comerciar, de concluir contratos – basta a atividade. Basta a atividade de publicidade, como determinação soberana e profissional do fornecedor e sob o *risco profissional* deste, em caso de falha, erro, ou culpa de terceiro da cadeia organizada ou contratada por ele próprio de fornecedores-*auxiliares*.¹⁷⁹

Considerando, então, a relativa perda de importância do elemento culpa para a aferição do dano ressarcível, como visto, a análise do nexo de causalidade ganha maior destaque, pois, como defende Anderson Schreiber, “o advento da responsabilidade objetiva veio transformar radicalmente a atuação das cortes em geral, exigindo redobrada atenção na decisão acerca do nexo causal, cuja intenção consiste, em tais hipóteses, no único caminho concedido ao réu para o afastamento da condenação”¹⁸⁰. De fato, isso se verifica em grande medida na disciplina da responsabilidade civil decorrente da prática de publicidade ilícita.

O CDC elenca, em seu art. 12, parágrafo 3º, as únicas situações que seriam capazes de afastar a responsabilização do “fabricante, construtor, produtor ou importador”, as quais dependem da prova de que (i) não colocou o produto no mercado, (ii) embora tenha colocado o produto no mercado, o defeito inexistiu, ou (iii) houve fato exclusivo do consumidor ou de terceiro.

No caso da publicidade ilícita, não se irá discutir a colocação do produto em si no mercado, como mencionado nos incisos I e II, mas, no limite, a divulgação da publicidade nos veículos de comunicação (ou a ordem/concordância para que isso seja feito). Além disso, a imputação do fato causador do dano ao próprio consumidor (conforme o inciso III, primeira parte) seria inviável, já que o conteúdo da publicidade a ser analisado tem origem em uma criação do anunciante e dos demais profissionais envolvidos, figurando o consumidor como mero receptor da informação. Também é pouco factível a possibilidade de imputação do fato a terceiro alheio à atividade publicitária (conforme o inciso III, segunda parte), na prática, pois,

¹⁷⁸ “Note-se que o art. 37 do CDC não se preocupa com a vontade daquele que fez veicular a mensagem publicitária. Não perquire da sua culpa ou dolo, proíbe apenas o resultado: que a publicidade induza o consumidor a formar falsa noção da realidade. (...)” (MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. RB-4.5).

¹⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. RB-4.1.

¹⁸⁰ SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 55.

ainda que não se queira afirmar categoricamente que todos os envolvidos na produção da peça publicitária sejam individualmente responsabilizáveis por seu conteúdo (independentemente de ostentarem a posição de fornecedores ou não), não há dúvidas de que ao menos o anunciante será tido como responsável pela publicidade de seu produto, tanto por força da obrigação preceituada pelo art. 38 do CDC¹⁸¹, quanto em razão da responsabilidade solidária dos fornecedores (art. 18 do CDC).

E, ainda que se possa sugerir a aplicação do inciso III, segunda parte, ao caso de espontâneo compartilhamento de resenhas ou outros conteúdos recomendando o uso de produtos, sem que jamais tenha havido solicitação expressa do fabricante, esse tipo de comunicação, em regra, sequer será considerado publicidade, pois esta deve possuir, por definição, intrínseco intuito comercial. Contudo, caso o anunciante se aproveite do conteúdo produzido e postado por um consumidor, endossando-o publicamente ou compartilhando-o em seu perfil comercial, beneficiando-se da mensagem, passará a ser responsável pela adequação de seu conteúdo, como se por ele tivesse sido produzido ou “encomendado”. Nesse sentido foi a decisão do Conar no caso “Pitú e Thardelly Lima” (Representação 130/20), julgado em setembro de 2020:

O influenciador Thardelly Lima divulgou em redes sociais anúncio de Pitú sem clara identificação de que se tratava de publicidade, o que motivou reclamação enviada ao Conar por consumidor. A direção da entidade notou ainda três outros desrespeitos a recomendações do Código: falta de frase de advertência, a inserção de cena de ingestão de aguardente e falta de age gate na página da Pitú. Em sua defesa, esta negou haver publicidade na peça objeto desta representação e sim postagem de responsabilidade exclusiva do influenciador - que não apresentou defesa -, ainda que a anunciante admita tê-la reproduzido em sua página oficial nas redes sociais. Informou ter habilitado sistema de age gate após a notificação do Conar. O relator recomendou advertência à Pitú, por considerar que houve proveito publicitário para seu produto, tanto que o reproduziu em sua página, e para que observe com rigor as recomendações do Código em futuras peças publicitárias. A advertência foi estendida ao influenciador Thardelly Lima, para que atente aos cuidados e obrigações necessárias para ações com teor publicitário. Seu voto foi aceito por unanimidade.¹⁸²

Assim, partindo-se de um anúncio publicitário comprovadamente ilícito (ou seja, considerando-se como certa a ocorrência de dano), Cláudia Lima Marques afirma que somente seria capaz de excluir onexo causal a comprovação de caso fortuito, entendido nesse caso como “uma situação externa à sua vontade, aos seus auxiliares (agência, publicitário contratado etc.),

¹⁸¹ “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.” (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 01.07.2022

¹⁸² CONAR. **Representação 130/20**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07.05.2021.

imprevisível e irresistível, tornou a publicidade enganosa”¹⁸³, frisando que tal situação deve ser externa também à vontade de seus auxiliares, contratados para a elaboração do anúncio – ou seja, sendo o influenciador considerado um auxiliar do anunciante, a situação deve ser alheia também à sua vontade, para que configure uma excludente do nexo causal.

No caso específico da veiculação de publicidade ilícita, uma coletividade indeterminada de pessoas é afetada, de modo que tanto esse aspecto quanto a qualidade do dano *in re ipsa* devem ser levados em conta, pois implicam um exame mais abstrato do nexo de causalidade. O dano *in re ipsa* é presumido em decorrência de sua própria veiculação, sendo certo que esta é vedada pelo ordenamento jurídico. Então, partindo de que a publicidade ilícita gera, inerentemente, um dano à coletividade a ela exposta, por força do art. 29 do CDC, caberia tão somente apurar quem é ou são seus autores, levando em conta os processos de idealização, produção, veiculação etc.

Contudo, segundo a crítica de Schreiber, vem sofrendo flexibilização não apenas o elemento culpa, mas também o nexo causal, elemento considerado pelo autor como o mais delicado e mais difícil de ser determinado, já que é diverso o nexo causal lógico do jurídico, pela necessidade de que este seja limitado, sob pena de uma responsabilidade civil irrestrita. Apesar de poder ser definido de maneira aparentemente simples, como “vínculo que se estabelece entre dois eventos, de modo que um represente consequência do outro”, há diversas dificuldades práticas para sua aferição¹⁸⁴.

Apesar de haver complexa discussão acadêmica em torno das teorias da causalidade jurídica, o art. 403¹⁸⁵ do Código Civil brasileiro, da mesma forma que legislações de diversos outros países, elegeu a teoria da causa direta e imediata, que “em sua formulação mais simples, considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva”¹⁸⁶, em uma proposta de conferir maior objetividade

¹⁸³ MARQUES, Claudia Lima. op. cit., p. RB-4.5.

¹⁸⁴ SCHREIBER, Anderson. op. cit., p. 55.

¹⁸⁵ Sobre o art. 403 (“Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”), Anderson Schreiber esclarece que apesar do emprego do termo “inexecução”, a doutrina apresenta consolidada interpretação, desde a vigência do Código Civil de 1916, no sentido de que sua incidência se estende também à responsabilidade extracontratual.

¹⁸⁶ SCHREIBER, Anderson. op. cit., p. 60.

e restritividade (posteriormente mitigada pela subteoria da necessidade causal¹⁸⁷) à relevância do comportamento humano para fins de responsabilização.

Contudo, embora não se negue que a dissonância entre diversas teorias da causalidade jurídica possa ocasionar eventual juízo antecedente de responsabilização por parte dos magistrados (o que não deveria ocorrer, tendo em vista que o Código Civil brasileiro elege a teoria da causa direta e imediata, da qual deriva a subteoria da necessidade causal, portanto admitida), e embora alguns juristas defendam a existência de uma “responsabilidade objetiva agravada” que se prescindiria também da demonstração do nexos de causalidade, exigindo somente que o dano pudesse ser considerado “risco próprio da atividade em causa”, entende-se ter razão o professor Anderson Schreiber ao afirmar que

muitas vezes, o que se chama de presunção do nexos causal não passa de uma etapa lógica de sua verificação, em que o juiz recorre a regras comuns de experiência ou a uma suposta normalidade dos fatos para aferir se há relação de causalidade entre a atividade lesiva e o dano.¹⁸⁸

Assim, impõe-se concluir que, diante da vedação legal à atividade publicitária que desrespeite as normas do CDC e da equiparação de todos os indivíduos expostos às práticas comerciais (tais como a publicidade) a consumidores, para efeitos da proteção conferida pela lei consumerista, decorre logicamente do exame dos fatos concretos a conclusão de que determinada publicidade ilícita veiculada nos meios de comunicação cause dano (presumido, hipotético, como é o dano *in re ipsa*) à coletividade a ela exposta.

Nesse aspecto, há que se considerar, ainda, a responsabilidade solidária prevista no CDC nos arts. 18, 19, 25, § 1º e 7º, parágrafo único. Sob a óptica da literalidade dos dois primeiros dispositivos, os fornecedores são solidariamente responsáveis por vícios intrínsecos, dentre os quais “aqueles decorrentes da (...) mensagem publicitária”. Considerando-se que “fornecedores” é gênero que engloba diversas espécies – tais como o fabricante, o comerciante etc. –, o CDC objetiva, por meio dessa norma, ampliar as possibilidades de o consumidor lesado ter sua demanda satisfeita, podendo acionar quaisquer dos fornecedores, aumentando assim a chance de sucesso da demanda. Posteriormente, entre eles, será possível a propositura de ação

¹⁸⁷ Para evitar eventual excesso de restrição da teoria, a exclusão da ressarcibilidade em caso de dano indireto ou remoto implicava, em certos casos, graves injustiças, pelo que se desenvolveu a subteoria da necessidade causal, que entende as expressões dano direto e dano imediato de maneira substancial, no sentido de estabelecer uma relação de necessidade entre causa e efeito (isto é, o dano como efeito necessário de determinada causa), e não mera aproximação. (SCHREIBER, Anderson. op. cit., p. 62)

¹⁸⁸ SCHREIBER, Anderson. op. cit., p. 67.

de regresso para que o fornecedor que tenha sido obrigado a pagar seja ressarcido pelos demais envolvidos ou reais causadores do dano, segundo sua participação (art.13, parágrafo único).

Já os demais dispositivos são mais amplos ao prescreverem, respectivamente que “havendo mais de um *responsável* pela causação do dano, *todos* responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores” (art. 25, § 1º) – embora a referência normativa desse artigo não abarque a vedação à publicidade enganosa e abusiva – e que “tendo mais de um *autor* a ofensa, *todos* responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo” (art. 7, parágrafo único). Ou seja, além de utilizar os conceitos genéricos de “responsável pela causação do dano” e “autor da ofensa”, sem restringir à figura do fornecedor, preceitua que todos (sem especificação nem distinção) responderão solidariamente pela reparação.

É justamente com base na aplicação do art. 7º, parágrafo único, que Paulo Scartezini fundamenta que a responsabilidade prevista no CDC se dirige “não só ao fornecedor, mas a todos aqueles que – juntamente com o fornecedor e que de qualquer forma têm um benefício – poderão causar danos aos consumidores”¹⁸⁹. Então, somente com base na legislação consumerista, é possível, sim, sustentar a existência de responsabilidade civil em relação aos influenciadores pelas publicidades ilícitas de que participam (ou, melhor dizendo, que produzem). Mas, além dessa interpretação, também há construções doutrinárias que fundamentam tal conclusão, como se verá a seguir.

III.c. Extensão da responsabilização aos influenciadores digitais: o conceito de fornecedor equiparado e as teorias do risco

Como visto no subcapítulo anterior, a teoria do risco nasceu em um contexto de oposição ao emprego do elemento culpa para a aferição do dano ressarcível. Porém, a unanimidade inicial em torno da teoria logo foi substituída por uma intensa divergência que deu origem a desdobramentos que deram origem a diversas subteorias, como a do risco-proveito, a do risco-criado, a risco integral, entre outras. Todas elas têm em comum a proposição de uma

¹⁸⁹ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, op. cit., p. 155.

responsabilidade independente de culpa – pelo que servem de fundamento à responsabilidade objetiva, embora seja questionável, para Schreiber, que figurem como seu único fundamento¹⁹⁰.

Entretanto, apesar de as teorias do risco terem ganhado projeção no debate doutrinário “não chegaram a substituir totalmente a culpa nos sistemas jurídicos de maior expressão, em que se observa a convivência de ambas: a teoria da culpa como regra geral e a teoria do risco em situações que lhes são expressamente reservadas¹⁹¹.

Esse é o caso do ordenamento jurídico brasileiro, em que a responsabilidade subjetiva está prescrita como regra geral, no art. 186, e a responsabilidade objetiva é aplicável alternativamente (i) às hipóteses legais específicas em que a lei determina a responsabilização independentemente do exame da culpa (como é o caso do dispositivo do CDC), ou (ii) com base na cláusula geral de responsabilidade objetiva com fundamento na doutrina do risco contida na segunda parte no art. 927, parágrafo único, do Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”).

Na aplicação prática da segunda hipótese, deve-se observar os seguintes parâmetros:

A inovação [do par. único do art 927 do Código Civil] atribui ao intérprete o dever de avaliar as hipóteses de incidência da responsabilidade sem culpa, cabendo-lhe definir as atividades de risco a partir de alguns parâmetros identificados pelo legislador. Assim, há que valorar se a atividade danosa (i) representa risco acima da normalidade e (ii) é desenvolvida habitualmente pelo ofensor¹⁹²

Das diversas teorias do risco existentes, pela pertinência com a matéria analisada no trabalho, abordaremos centralmente a teoria do risco-criado, contrapondo-a brevemente à teoria do risco-proveito.

Segundo a doutrina do risco-proveito, “é sujeito à reparação aquele que retira um proveito econômico ou vantagem do fato causador do dano”¹⁹³. Mas o que se deve entender por “proveito”? Para que sua interpretação e aplicação não seja demasiado irrestrita, cumpre

¹⁹⁰ SCHREIBER, Anderson. op. cit., p. 28-29.

¹⁹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Atualizador: Gustavo Tepedino. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012. p. 360.

¹⁹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 393.

¹⁹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 372.

interpretar o conceito de maneira ampla, como vantagem ou valor extraído da exploração de uma atividade. Contudo, tal teoria sofreu críticas tanto pela subjetividade e dificuldade de delimitação do que pode ser considerado proveito econômico (por exemplo, se abrangeria quaisquer tipos de ganho, como uma troca de divulgação, ou somente os ganhos de natureza econômica), quanto pela restritividade decorrente da necessidade de a vítima comprovar que o ofensor auferiu vantagem a partir da conduta danosa, para sua responsabilização, o que pode ser extremamente dificultoso.

Já a teoria do risco-criado dispensa a comprovação de proveito econômico, pelo que é considerada por Caio Mario “o conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social”, por se fixar no fato de que “se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro e conduta”¹⁹⁴.

Comparando-a à teoria do risco proveito, Caio Mario ressalta que

a distinção é que nela não se cogita do fato de ser o dano correlativo de um proveito ou vantagem para o agente. É óbvio que se supõe que a atividade pode ser proveitosa para o responsável. Mas não se subordina o dever de reparar ao pressuposto da vantagem. O que se encara é a atividade em si mesma, independentemente do resultado bom ou mau que dela advenha para o agente (...).

A teoria do *risco criado* importa em ampliação do conceito do *risco proveito*. Aumenta os encargos do agente; é, porém, mais equitativa para a vítima, que não tem de provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano. Deve este assumir as consequências de sua atividade.¹⁹⁵

Da mesma forma, exclui-se a ideia de anormalidade do ato danoso, já que o Código Civil, em seu art. 927, parágrafo único, fala em uma “atividade normalmente desenvolvida” pelo causador do dano, de modo que o fato de o ofensor alegar não haver incidido em comportamento excessivo não o exonera da responsabilidade sobre o dano. Assim, “a vítima não necessita de provar se o agente estava ou não estava no exercício de sua atividade habitual, ou se procedia dentro dos usos e costumes do ambiente social em que opera”¹⁹⁶.

Nota-se, então, que o que caracteriza a doutrina do risco criado é a eliminação do elemento subjetivo, extremando a doutrina objetiva. O nexo de causalidade, nesse caso, conecta

¹⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 357.

¹⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 377.

¹⁹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 377.

simplesmente a atividade do agente (fato gerador do risco) e o dano causado à vítima, que deverá ser reparado, o que ocorre “tanto na responsabilidade pelo fato próprio, como por fato alheio”¹⁹⁷.

Na seara específica do Direito do Consumidor, os arts. 12 e 13 do CDC instituem a responsabilidade objetiva dos fornecedores com base na teoria do risco. Mas quem é o fornecedor, afinal? Apenas a literalidade do art. 3º do CDC deve ser considerada? Os influenciadores podem ser encaixados no conceito?

Nos casos em que é também anunciante (ou seja, o proprietário da marca divulgada), não há dúvidas de que ocupa a posição de fornecedor, mas, quando somente exerce a função de criação da publicidade e veiculação da mesma para o público que acompanha seu perfil, será responsabilizado objetivamente, de maneira análoga à agência/veículo, ou será responsabilizado subjetivamente, pela regra geral, ou, ainda como profissional liberal?

Visando uma interpretação sistemática, Leonardo Bessa defende a teoria de que no CDC existe implicitamente a noção de fornecedor equiparado, significando que, em determinados momentos, a aplicação do conceito de fornecedor ultrapassa os limites da literalidade do *caput* do art 3º do Código, para efeitos de incidência da legislação. Isso porque diversos outros dispositivos se concentram na atividade desenvolvida no mercado de consumo, “deixando em segundo plano o conceito básico de fornecedor”¹⁹⁸ – como seria exatamente o caso do tratamento da atividade publicitária.

Como fundamentos para tanto, o autor destaca que o CDC, tendo em vista a vulnerabilidade que se propõe a tutelar, realiza a equiparação a consumidor de diversos sujeitos – como as vítimas de acidente de consumo, conforme o art. 17, e as pessoas expostas às práticas comerciais, dentre as quais a publicidade, por força do art. 29. Quanto ao segundo ponto, é relevante mencionar que a disciplina da publicidade, embora pudesse ter sido feita em legislação separada, como em outros ordenamentos jurídicos, foi incluída no CDC, demonstrando uma maior preocupação com a situação jurídica de vulnerabilidade a ser tutelada (a atividade de mercado potencialmente lesiva) do que com os sujeitos nela envolvidos,

¹⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 380.

¹⁹⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 61, ano 16. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 126.

propriamente, estendendo, naturalmente, a amplitude dos arts. 2º e 3º do Código, se interpretados sistematicamente.

Por isso, Bessa defende a possibilidade de se falar em “fornecedores equiparados”, mesmo porque a definição de consumidor e fornecedor são correlatas e interdependentes¹⁹⁹, ou seja, um existe em decorrência da existência do outro, porque participantes de uma relação jurídica. É, além disso, contingencial, e não inerente, pois um mesmo sujeito pode ocupar uma ou outra posição em situações distintas. Assim, se as pessoas expostas à publicidade são equiparadas a consumidores, por que os que praticam a atividade não seriam equiparados a fornecedores? O autor assim explica, mencionando expressamente a atividade publicitária em sua conclusão:

há situações fáticas – inerentes ao mercado – nas quais a superioridade de uma das partes não decorre necessariamente de sua qualificação como agente profissional, não decorre do fato de se possuir maior conhecimento técnico ou poder econômico e sim do exercício em si de determinada atividade, como a *realização de publicidades* e tratamento de dados pessoais. Nestes casos, é, antes de tudo, a natureza da atividade e não as características do sujeito que as realiza (pessoa jurídica, profissional, fins lucrativos etc), que são determinantes para compreender a fragilidade e desigualdade.²⁰⁰

Em síntese, o CDC se dedica a proteger situações de vulnerabilidade que se apresentam no mercado de consumo e que são potencialmente ofensivas a legítimos interesses existenciais e materiais, havendo “inevitável preponderância e poder social de quem exerce a atividade, ainda que inexistente qualquer aquisição, nem mesmo eventual, de produto ou serviço”²⁰¹, exemplificando, nesse sentido, a publicidade e o tratamento de dados pessoais por entidades de proteção ao crédito. Além disso, destaca que o CDC não exige, para o enquadramento no conceito de fornecedor, a atuação com objetivo de lucro, nem a caracterização como empresário (nos termos do art. 966 do Código Civil), bastando que a atividade seja remunerada. Embora, nesse ponto, o autor o argumente para incluir as pessoas jurídicas sem fins lucrativos, tal observação nos permitiria incluir, pela mesma lógica, os casos em que a publicidade é realizada por meio de permuta, e não por recebimento de cachê em dinheiro.

¹⁹⁹ Como enunciado por Herman Benjamin et al, “o consumidor pode ser definido não apenas quanto a si mesmo, mas por oposição a alguém. Do mesmo modo que o conceito de trabalhador é contrastado ao de empregador, o vocábulo consumidor pode ser oposto ao termo produtor” (BENJAMIN, Antonio Herman V et al. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 628, 1988. p. 8.)

²⁰⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. op. cit., p. 130.

²⁰¹ BESSA, Leonardo Roscoe. op. cit., p. 134.

Debruçando-se sobre atividades específicas, após tratar dos bancos de dados, o autor apresenta interessantíssima conclusão em relação ao tratamento da publicidade no CDC:

O mesmo raciocínio pode ser utilizado em relação às atividades publicitárias. Até a promulgação do CDC, não havia no Brasil qualquer tratamento sistemático do assunto. Neste caso, mais uma vez, a preocupação maior é com a atividade em si, considerando seu alto grau de convencimento e potencial agressividade a valores que integram a dignidade da pessoa humana. É secundário, ou mesmo desnecessário, exigir os requisitos indicados pelo *caput*, do art. 3º para concluir pela incidência da disciplina própria do CDC. Não importa pesquisar se a atividade foi remunerada (direta ou indiretamente) e ainda se o autor e todos aqueles que colaboraram para sua criação e veiculação atuam profissionalmente no mercado de consumo. *Em relação à publicidade, todos que, direta ou indiretamente, a promovem são fornecedores equiparados.*

É justamente diante da consideração da preponderância da atividade e não da configuração de um fornecedor com todos os requisitos exigidos pelo *caput* do art. 3º, que, sem maiores dificuldades, se conclui que não apenas o anunciante (comerciante, fabricante, importador) estão sujeitos à disciplina da publicidade do CDC, mas também a agência publicitária e o veículo (jornal, televisão). Todos, portanto, devem cuidar para que sejam observados os princípios estabelecidos pelo CDC (veracidade, identificação, não-abusividade etc) e podem responder perante o consumidor (coletivo ou individual) por ofensa a seus direitos.²⁰²

Ilustrando a situação, conclui que, no caso hipotético de uma campanha publicitária enganosa de repercussão nacional ter sido toda pensada por um acadêmico de publicidade, que o fez por amizade e nada recebeu pelo trabalho, sua responsabilidade pelo conteúdo produzido não fica afastada por não estarem presentes os requisitos do art 3º, *caput*, para qualificação de fornecedor, já que a própria definição de publicidade abusiva, presente no art. 37, parágrafo 2º, evidencia a preponderância da atividade, não fazendo sentido que se exija que o autor da publicidade seja um fornecedor.

Em suma, com o auxílio dessa esclarecedora teoria, que propõe simplesmente uma interpretação sistemática dos dispositivos do CDC, pode-se concluir que “o fornecedor é visto como quem exerce a atividade especificamente regulada e não mais de modo genérico como aquele que atua profissionalmente (mediante remuneração) no mercado de consumo”²⁰³, de modo a se afirmar que há relação de consumo entre as pessoas envolvidas na atividade regulada – ou não faria sentido sua inclusão no âmbito do Código de Defesa do Consumidor.

²⁰² BESSA, Leonardo Roscoe. op. cit., p. 138.

²⁰³ BESSA, Leonardo Roscoe. op. cit., p. 141.

III.d. Aspectos práticos do controle da publicidade ilícita no Brasil: as peculiaridades da publicidade realizada *por* influenciadores e *para* um público infantil

Inicialmente, é necessário destacar que a análise sobre os aspectos práticos do controle da publicidade no Brasil deve levar em conta a adoção do sistema misto²⁰⁴, com atuações paralelas nos âmbitos judicial e administrativo, no qual se insere o controle autorregulamentar e o controle realizado pela administração pública.

Iniciando-se pela análise do controle em âmbito judicial, já que o presente trabalho dedicou grande extensão à análise de normas relativas (i) à proteção das crianças, sobretudo por meio do ECA, (ii) à regulamentação da publicidade, inserida no âmbito do CDC, e (iii) às tendências atuais no campo da responsabilidade civil, observadas nas previsões normativas do CDC e, de maneira complementar, no Código Civil, (iv) além da menção a outras normas que complementam a questão da regulamentação da publicidade no Brasil, como a Resolução nº 163 do Conanda e a Lei nº 9.294/96. Tudo isso, para, ao final, buscar compreender, de forma integrada, como se dá (ou deveria se dar) a responsabilização na esfera civil dos influenciadores digitais pela produção e veiculação de publicidades ilícitas dirigidas (ou não restringidas) ao público infantil.

Diante da dificuldade de encontrar julgados que contemplem todas as particularidades da situação acima descrita, bastante específica e contemporânea, os entendimentos jurídicos firmados pelo STJ sobre cada ponto serão analisados de maneira segmentada. Primeiramente, quanto ao tratamento jurídico conferido às crianças consumidoras, extraem-se as seguintes conclusões dos precedentes apresentados ao longo do trabalho: (i) é reconhecida sua condição de hipervulnerabilidade no mercado de consumo, em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; (ii) é reconhecida a importância da aplicação do diálogo das fontes para a mais completa e efetiva proteção da criança (contemplando a necessidade de aplicação conjunta do CDC, do ECA e da Resolução nº 163 do Conanda ao caso de publicidade infantil); (iii) é reconhecido que os direitos da criança devem ser garantidos pelo Estado e pela sociedade, não apenas pela família, em consonância com o disposto na Constituição da República, rejeitando-

²⁰⁴ Como explicado por Guilherme Martins, o sistema misto de controle adotado no Brasil consiste “na atuação paralela da autolimitação e a regulamentação estatal. Trata-se, portanto, de modalidade que aceita e incentiva ambas as formas de controle, tanto a cargo do Estado como também dos partícipes publicitários” (MARTINS, Guilherme Magalhães. *op. cit.*, p 310).

se o argumento de que caberia exclusivamente aos pais controlar o que os filhos consomem, inclusive em relação à publicidade.

Partindo de tais entendimentos, e considerando que a verificação da ilicitude na publicidade se realiza por meio de uma análise casuística, por depender da subsunção das normas do CDC ao caso analisado em concreto, resta compreender o posicionamento jurídico do STJ em torno da responsabilização dos influenciadores digitais que se conclua terem incorrido em práticas vedadas pelo CDC. Nesse sentido, observa-se que o STJ conta com precedentes sobre o tema da responsabilidade civil das celebridades nas publicidades ilícitas das quais participam, conforme apontado por Dante Ponte de Brito e Carlos Mendes da Silva:

o STJ já se posicionou de maneira destoante da discussão doutrinária sobre esse tema. No julgamento do Recurso Especial 604.172/SP, em 2007, e do Recurso Especial 1.157.228381, em 2011, entendeu-se que somente o anunciante-fornecedor pode ser responsabilizado pelos danos decorrentes da veiculação da publicidade ilícita, enquanto as *celebridades que atuam na veiculação da mensagem publicitária ilícita não foram responsabilizadas*.

Traz-se, outrossim, dois importantes casos julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo: a Apelação Cível 9104423-77.2008.8.26.0000382, na qual a apresentadora Sônia Abrão foi demandada, e a Apelação 0272234-84.2009.8.26.0000383, envolvendo a apresentadora Márcia Goldchmidt. Em ambos os casos, o TJSP adotou o entendimento do STJ mencionado anteriormente.

Os Tribunais utilizaram o art. 38 do CDC (LGL\1990\40), que determina que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”, como principal fundamento de suas decisões, ou seja, o anunciante é que tem o dever de responder pela publicidade realizada²⁷. *Entendem que a celebridade não participa diretamente da cadeia de produção, mas apenas emprestam sua imagem, logo não poderia ser responsabilizada pelos danos decorrentes dos anúncios veiculados.*²⁰⁵

Diante de tais precedentes, que afastavam por completo a responsabilização das celebridades, a oposição doutrinária encontrou destaque na já citada obra “A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam”, de Paulo Jorge Scartezini. Nela, o autor aponta diversos exemplos concretos, nos quais verifica que a celebridade ocupa uma posição de “garante” diante do consumidor, influenciando diretamente sua decisão de compra, e, pela aplicação do CDC, conclui que as celebridades deveriam, sim, ser objetivamente responsabilizadas, com base nos seguintes fundamentos: (i) no dever de observância aos princípios do CDC e no dever de proteção que devem cumprir diante dos

²⁰⁵ SILVA, Carlos Mendes Monteiro da; BRITO, Dante Ponte de. Há responsabilização dos influenciadores digitais pela veiculação de publicidade ilícita nas redes sociais? **Revista de Direito do Consumidor (versão digital)**. v. 133, ano 30. São Paulo: Ed. RT, 2021. Versão digital, p. 6. Grifou-se.

destinatários da publicidade²⁰⁶; (ii) na presunção lógica de causalidade entre o dano sofrido pelo consumidor e a conduta comissiva ou omissiva da celebridade²⁰⁷, cabendo a ela produzir prova em sentido contrário, ou seja, de que não influenciou a decisão do consumidor (por aplicação do art. 6º, VIII, do CDC); (iii) com base na previsão de solidariedade passiva entre os causadores do dano, do art. 7º, parágrafo único, e art. 25, § 1º, do CDC²⁰⁸; na impossibilidade de aplicação de responsabilidade subjetiva, com base na efetiva prevenção e reparação de danos causados aos consumidores prevista no art. 6º, VI, do CDC, de modo que a adoção da responsabilidade subjetiva, na contramão da regra geral no âmbito consumerista, esvaziaria a finalidade da norma; (iv) com base na teoria do risco-proveito, na medida em que considera relevante levar em consideração “que as pessoas que se pretende responsabilizar tiveram proveitos de sua atividade (seja proveito econômico ou outro qualquer), [pelo que] deverão elas assumir os riscos de sua atividade”²⁰⁹.

Em síntese, arremata, na conclusão da obra:

Pretende-se aqui, em primeiro lugar, que as celebridades que participam das publicidades cumpram seu dever jurídico originário, agindo de forma prudente, colocando acima dos seus interesses econômicos a preocupação em não enganar ou não permitir que se enganem os consumidores; em segundo lugar; responsabilizá-las civilmente pelas informações fundamentais sobre os produtos e serviços objetos dos anúncios – caracterizando a publicidade como enganosa – pelas participações em formas ilegais de publicidade e ainda pelos danos causados pelas publicidades abusivas.

Na segunda hipótese, ou seja, ocorrendo o dano, busca a nossa sociedade o efetivo ressarcimento do lesado e, para tanto, leva em consideração a vantagem, econômica ou não, pretendida pelo ofensor.

Essa responsabilidade civil, para atingir os objetivos desta nova sociedade (prevenção do dano e efetiva reparação) não pode ter como sustentáculo o elemento subjetivo da culpa, e assim deverá ser fundada, como regra, na causação do dano. Temos, pois, para os casos aqui analisados, uma responsabilidade objetiva.²¹⁰

²⁰⁶ Nas palavras do autor, “todos aqueles que participam de uma relação de consumo têm de agir de forma honesta e transparente, visando, com isso, à prevenção de danos aos consumidores. Quem violar esse dever de proteção – por exemplo, as celebridades – e praticar um dos atos vedados pela norma – publicidade ilícita – estará obrigado a indenizar.” (GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, op. cit., p. 192)

²⁰⁷ Nas palavras do autor, “podemos afirmar que, independentemente do comportamento do anunciante do produto ou serviço, quando se fala na conduta ativa ou passiva da celebridade, recomendando, aconselhando, informando ou apenas cedendo sua imagem ao produto ou serviço, existe uma presunção lógica de que sua participação influenciará em muito na decisão do consumidor”. (GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, op. cit., p. 190)

²⁰⁸ Nas palavras do autor, “é reconhecendo essa possibilidade de pluralidade de agentes e condutas para a ocorrência do evento que o Código de Defesa do Consumidor prevê, em duas oportunidades, de forma genérica, a solidariedade passiva entre os causadores do dano (art. 7º, parágrafo único, e, tratando do vício, o art. 25, § 1º)”. (GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, op. cit., p. 190)

²⁰⁹ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, op. cit., p. 202.

²¹⁰ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, op. cit., p. 223.

Embora o autor apresente uma visão bastante arrojada para a época (tendo sido publicada em 2007 a 2ª edição da obra) e incrivelmente alinhada com as atuais tendências da publicidade digital, em diversos pontos, cabe ponderar que, além de semelhanças, também encontramos diferenças nas realidades observadas (destacadas ao longo do trabalho em diversas oportunidades). Enquanto os meios de comunicação exemplificados por Scartezzini em sua importante obra são, essencialmente, televisão (comerciais televisivos, programas de auditório ou de entrevista), rádio, jornais e revistas, para uma leitura realmente atualizada, teríamos de adaptar a análise para abarcar as redes sociais (Instagram, TikTok, YouTube), em que a publicidade se desenvolve em formatos característicos, e até mesmo em plataformas de *streaming*. Esses são justamente os espaços de entretenimento em que, atualmente, as crianças e adolescentes estão mais presentes, embora os meios tradicionais não tenham deixado de existir. Contudo, não há que se descartar a análise e nem mesmo as conclusões do autor, que são extremamente valiosas para a compreensão atual, mas ter cautela ao aproximar as figuras das celebridades à dos influenciadores digitais, cujas principais diferenças foram apontadas no primeiro capítulo deste trabalho.

Tais diferenças se confirmam na própria análise do autor, na medida em que afirma que “à primeira vista parece estranho imputar-lhes [às celebridades] qualquer dever de indenizar, uma vez que não têm, em regra, relação com o bem veiculado; são contratados para repetir algumas palavras ou frases criadas pelos publicitários”, bem diversa da mencionada liberdade criativa e autonomia conferidas ao influenciador digital em seu relacionamento com as marcas. Na atividade do influenciador, diferentemente da ideia acima, não se observa uma separação entre quem cria o texto da campanha publicitária e quem apenas vocaliza a mensagem escrita por outrem, na medida em que os influenciadores são os criadores do próprio conteúdo, ficando minimamente adstritos pelo comum envio de um *briefing* pela empresa anunciante, como já mencionado. Ainda assim, quem irá selecionar o que irá dizer e, principalmente, como irá dizer será o influenciador. Com tal margem de discricionariedade, pode-se dizer que os influenciadores são responsáveis pelo que escolhem transmitir ao público, o que se ressalta pela questão da confiança neles depositada.

Feita essa ressalva, que corrobora a oposição a eventual aproveitamento da jurisprudência do STJ sobre as celebridades para o tratamento do caso dos influenciadores digitais, contudo, não se pode deixar de observar que, desde o contexto de análise da obra, já é

afirmado que “sem dúvida, há algumas pessoas que exercem grande influência sobre as outras, criando modas e costumes”²¹¹, o que poderia facilmente transposto aos dias de hoje, diante do fenômeno da influência digital. A realidade é que as pessoas estão sempre buscando modelos – de beleza, de personalidade, de comportamento, de sucesso... – e sempre se inspirando e espelhando em exemplos, o que se acentua entre o público infantil, que ainda está se desenvolvendo em diversos aspectos e moldando sua personalidade.

Pontua-se, apenas, em sutil divergência, sob o ponto de análise atual, que a adoção da teoria do risco-proveito encontra obstáculos nas peculiaridades digitais. Isso porque, apesar de haver inegável sentido econômico na atuação do influenciador, em regra, nem sempre ele será de fácil percepção ou comprovação. Por exemplo, o proveito obtido, com resultado (ou expectativa de resultado) econômico, pode ser algo abstrato, como o ganho de maior visibilidade na rede. Isso pode justificar que um influenciador aceite um convite para participação em evento de lançamento de determinado produto (em caso semelhante ao relatado na anteriormente mencionada Representação nº 031/18 do Conar), ainda que formalmente não tenha sido contratado nem remunerado pela empresa para tanto, motivado pelo ganho positivo a partir do próprio aparecimento público, expandindo sua visibilidade por outras marcas e, inclusive, o seu conhecimento pelo público em geral.

Em uma escala mais corriqueira, pode-se imaginar o caso hipotético de uma influenciadora digital que compartilhe tutoriais e resenhas de maquiagem em seu perfil no Instagram e, intencionando ser conhecida por determinada marca para uma possível futura parceria (recebimento de produtos da marca para testagem, por exemplo), grava vídeos tecendo elogios exagerados e atribuindo características aos produtos que não condizem com a realidade. Considerando a comum prática de as próprias linhas de maquiagens possuírem perfis no Instagram para a divulgação dos produtos, bem como para “repostar” os *feedbacks* dos clientes, caso a empresa recompartilhe o conteúdo em suas redes, endossando-o, ele passará a ser considerado mensagem publicitária, na medida em que passará a ter claro intuito e aproveitamento comercial para a empresa (independentemente da existência de contrato entre a influenciadora e a marca)²¹², passando, portanto, a se submeter ao controle do CDC em matéria de publicidade.

²¹¹ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. op. cit., p. 20.

²¹² É o que sustenta Lucia Ancona Dias (DIAS, Lucia Ancona L. de M. op. cit.)

Nesse caso, para fins de responsabilização da influenciadora pela divulgação de informação eivada de enganosidade e potencialmente lesiva aos consumidores, como se comprovaria o proveito por ela auferido, que consistiu no abstrato ganho de visibilidade do seu trabalho no perfil da marca? Com base nesse raciocínio, entende-se que a teoria do risco-proveito não atende à devida proteção do consumidor, sendo mais interessante a essa finalidade a aplicação da teoria do risco-criado, sendo certo que a atividade de influência digital, por si só, implica um risco aceito por quem se lança à atividade.

Feitas tais considerações sobre (i) a conclusão contida nos precedentes do STJ em matéria de responsabilidade civil de celebridades por participação em publicidade ilícita e (ii) a conclusão doutrinária proposta por Paulo Scartezzini, adaptada à realidade do *marketing* de influência nos moldes atuais, passa-se à busca de precedentes judiciais mais atualizados e mais específicos para o caso em questão, por meio da inicial pesquisa de jurisprudência no sistema informatizado do Superior Tribunal de Justiça.

É evidente que, em uma busca de jurisprudência, quanto mais específicas forem as palavras-chave adicionadas, mais restrito será o resultado encontrado. Mas, mesmo em uma busca sintética de palavras, aos pares, para evitar ao máximo a restrição, não se obteve sucesso na tentativa de localizar julgados sobre o tema estudado. Pretendendo-se encontrar casos em que eventuais irregularidades nas publicidades realizadas por influenciadores tivessem sido objeto de decisão pela Corte, buscou-se, por exemplo, pelos termos “publicidade influenciador” e “responsabilidade influenciador” (incluindo novas tentativas com a utilização de palavras sinônimas, com diferentes combinações entre si²¹³, e sem a utilização de aspas, para que as palavras fossem localizadas separadamente no texto) – obtendo-se resultado zero.

Nem mesmo a busca pelo simples termo “influenciador digital” (dessa vez entre aspas, para localizar a expressão) encontrou qualquer acórdão, mas apenas uma única decisão monocrática (em matéria penal!) em que o a atividade é mencionada sem qualquer relação com o contexto profissional²¹⁴. Da mesma forma, o termo “publicidade digital” (buscado também

²¹³ Foram pesquisados na ferramenta de busca do STJ as seguintes palavras-chaves, sem nenhum acórdão ou decisão monocrática encontrados: “publicidade influenciador”; “publicidade influencer”, “propaganda influenciador”, ressalvando-se que, para essa última busca, foi localizada a decisão monocrática em matéria penal abaixo mencionada, sem pertinência com o tema procurado.

²¹⁴ No *Habeas Corpus* em questão, a atividade de “influenciador digital” do denunciado é mencionada por estar relacionada à propagação de informações falsas (“fake news”) e manipulação psicológica: “por possuir habilidades na área de marketing e influenciador digital, possui a função de espalhar por meio das redes sociais Facebook,

entre aspas), não encontrou qualquer acórdão. Apelando-se a menções às espécies de plataformas que poderiam ter sido veículos de eventuais publicidades ilícitas, buscou-se por “publicidade Instagram” e “publicidade Youtube” (sem aspas), não encontrando nenhum acórdão, o mesmo ocorrendo para a busca por “publicidade infantil” (entre aspas).

Embora o resultado de certa forma já fosse esperado, por meio dessa demonstração, pode-se constatar ausente (ou, ressalvado melhor juízo, ao menos pouquíssimo proeminente) uma discussão jurídica a nível nacional sobre o tema da responsabilidade dos influenciadores digitais, com vistas a uma uniformização de entendimento jurídico a ser aplicado quanto à imputação de responsabilidade civil.

Em uma busca geral de jurisprudência em tribunais estaduais (ainda que posições isoladas sobre o tema não sejam tão esclarecedoras para o estudo proposto), percebeu-se que os influenciadores digitais, embora frequentes produtores de publicidade digital, não chegam a figurar em muitas demandas relacionadas à atividade publicitária em si. Utilizando-se a plataforma Jusbrasil para a busca simultânea em diversos tribunais estaduais, observou-se, exemplificativamente: demanda proposta por influenciador contra rede social por exclusão injusta de sua conta; ações civis públicas movidas pelo Ministério Público contra influenciadores em razão de manifestações consideradas discriminatórias/racistas (fora de qualquer contexto publicitário); demanda proposta pela namorada de um *youtuber* visando à sua responsabilização pelo uso não consentido de sua imagem em um vídeo de “trollagem”; demanda proposta por um influenciador digital contra outro que postou vídeo alegadamente ofensivo em que tecia críticas ao seu curso *online*.

Na ausência de um caso mais específico, destaca-se, a título exemplificativo do tratamento da questão da publicidade infantil pelo STJ, a decisão proferida em 2016 no Recurso Especial nº 1.558.086/SP, destacada por Adalberto Pasqualotto²¹⁵, em que se afirmou serem abusivas “campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo

Instagram e Youtube, e aplicativos de conversação WhatsApp e Telegram, falsas notícias e informações da licitude e legitimidade da Operação, em permanente manipulação psicológica e moral às vítimas que participam dos grupos e listas de transmissão, com publicação de áudios e vídeos, com a finalidade de convencer que o dinheiro existe e faltam somente alguns procedimentos para liberação dos pagamentos dos investidores, desmerecendo e denegando toda e qualquer atuação policial e judicial.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC n. 114.937**, Relator Ministro Jorge Mussi, julgado em 07 de outubro de 2019, publicado em 09 de outubro de 2019).

²¹⁵ PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flavia Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 113. São Paulo: Ed. RT, 2017.

lúdico infantil”²¹⁶, em análise um caso de publicidade de venda de doces para crianças que, além disso, incorreu em venda casada por vincular o recebimento de um relógio de um personagem infantil como “brinde”, após a troca de 5 embalagens de doces, acrescida de um valor em dinheiro.

Diante da dificuldade de análise prática da situação-problema específica objeto do trabalho, no que tange ao controle judicial, realizar-se-á breve proposição teórica de como se acredita que o Judiciário deva tratar eventuais casos a ele endereçados.

Inicialmente, partindo da observação de que a publicidade infantil eivada de ilicitude ofende a bens jurídicos de natureza extrapatrimonial, por afetar a esfera existencial dessas pessoas, podendo causar danos em seu desenvolvimento, destaca-se a importância de se considerar os “meios adequados” de reparação dos danos extrapatrimoniais, como abordado por Cícero Bisneto no livro “Formas não monetárias de reparação do dano moral: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada”²¹⁷. Na referida obra, o autor apresenta crítica à uniformização da resposta pecuniária, que, isoladamente, não é a mais adequada para reparar um dano de natureza extrapatrimonial, por não visar à recomposição do bem jurídico lesado, dentro do possível. Por isso, o autor defende que a reparação pecuniária seja colocada em posição de subsidiariedade, em caso de total ou parcial impossibilidade de mitigação do dano.

Adaptando a reflexão à questão da publicidade, pode-se citar a contrapropaganda²¹⁸, medida prevista no art. 56, XII, do CDC, como uma interessante resposta, em especial no caso da publicidade infantil, por ser de suma importância que se corrija eventual falsa percepção transmitida a esse público, pelo impacto que pode representar em seu processo de formação. Frisa-se que, embora esteja prevista como sanção administrativa no referido dispositivo, entende a doutrina pela possibilidade de emprego da medida também no âmbito judicial, com fundamento no art. 83 do CDC, segundo o qual “para a defesa dos direitos e interesses

²¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.558.086**. Relator Ministro Humberto Martins, SP, julgado em 10.03.2016, publicado em 15.04.2016.

²¹⁷ BISNETO, Cícero Dantas. **Formas não monetárias de reparação do dano moral: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada**. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

²¹⁸ Nas palavras de Rizzato Nunes, “para cumprir sua função, o conteúdo da contrapropaganda deve ser tal que possa desfazer o resultado da comunicação anteriormente realizada. Já vimos que publicidade é a comunicação de certa mensagem (conteúdo) dirigida pelo fornecedor (emissor) ao consumidor (receptor). Logo, a contrapropaganda deve ter um conteúdo (mensagem) que possa anular ou ao menos desmentir o conteúdo (mensagem) abusivo anteriormente produzido”. (NUNES, Rizzato. op. cit., p. 1064)

protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”:

O Poder Judiciário, uma vez acionado — individual ou coletivamente —, poderá determinar a supressão tanto do anúncio veiculado (v. g., no outdoor, nas rádios e TVs etc.) como da campanha inteira do anunciante, ou apenas parte dela. As normas processuais do CDC dão amplitude suficiente ao magistrado para fazê-lo (arts. 83 e s.).

Pode, também, o Judiciário impedir a publicação e/ou transmissão do anúncio, não só porque tal ato decorre da lógica da garantia dos direitos (se pode suprimir, pode impedir para prevenir), como está expressamente previsto na Lei n. 8.078 (inciso VI do art. 6º675).²¹⁹

Inicialmente, considerando que, em geral, a atuação judicial em matéria de responsabilidade civil é repressiva, ou seja, posterior à prática da conduta ilícita (o que se apoia na disposição do art. 944 do Código Civil, segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”), cabe a consideração de que o art. 6º, VI, do CDC, prevê, como direito básico do consumidor, “a efetiva prevenção e reparação de danos (...)”. Diante disso, e partindo de que, como defendido acima, a resposta à publicidade ilícita não deve se reduzir à indenização por dano consumado (inclusive diante da natureza *in re ipsa* do dano), não se deve olvidar, a possibilidade de antecipação da tutela ou de medida cautelar visando à contenção de danos, por exemplo, determinando a suspensão imediata da veiculação da publicidade irregular.

Embora tal atuação seja, de certa forma, repressiva, já que posterior à inicial veiculação do anúncio – o que não poderia ser diferente, tanto pela inércia do Poder Judiciário, quanto pela expressa vedação à censura –, é também preventiva na medida em que impede a ampliação do dano, especialmente em um ambiente digital, em que a velocidade de transmissão de informações é muito intensa.

Considerando, ainda, que a publicidade afeta uma coletividade indeterminável de pessoas a ela expostas (o que foi contemplado pela redação do art. 29 do CDC), sem prejuízo de eventuais demandas individuais movidas por consumidores, revela-se fundamental a atuação do Ministério Público, visando resguardar a tutela dos interesses transindividuais envolvidos, considerando-se (i) a garantia da “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, *coletivos e difusos*” contida no art. 6º, VI, do CDC, como direito básico do consumidor; (ii) a expressa previsão da defesa coletiva no art. 81, parágrafo único, do CDC,

²¹⁹ NUNES, Rizzatto. op. cit., p. 1025.

sem prejuízo de demandas individuais; (iii) a legitimidade do Ministério Público para a realização da defesa coletiva, nos termos do art. 82, I, do CDC; (iv) a previsão contida no art. 91 do CDC, de que “os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”. Como bem reforçado por Claudia Lima Marques, é destacada a propositura de Ações Cíveis Públicas pelo Ministério Público e associações de defesa dos consumidores.

Adentrando-se o âmbito do controle autorregulamentar, marcado pela atuação do Conar (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária), vale frisar que, na análise de representações levadas à sua apreciação, observou-se também uma participação ativa do Ministério Público na apresentação de denúncias, o que tem como consequência um tratamento diferenciado pela entidade, já que “como previsto no Rice quando a denúncia é originada de autoridade pública, o Conselho Superior do Conar assume a autoria da representação”²²⁰.

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária trata-se de uma “sociedade civil sem fins lucrativos, fundada por associações de anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação, com a finalidade de executar a fiscalizar as suas normas éticas”²²¹, que estão reunidas centralmente no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Em razão, sobretudo, da ausência de meios coercitivos para garantir o cumprimento de suas recomendações, apesar de o Código de Autorregulamentação possuir um conteúdo bem específico e protetivo ao consumidor, o Conar recebeu intensas críticas nos últimos anos, sobretudo em relação à falta de efetividade. Em artigo publicado em 2015, o Professor Guilherme Martins opina que “em relação à autorregulamentação, o problema não é de conteúdo, mas de efetividade. O Conar dificilmente age de ofício, omitindo-se na coibição dos abusos. Ademais, como se trata de uma entidade privada, suas decisões dependem de cumprimento voluntário.”²²²

²²⁰ Conforme trecho da Representação nº 044/18. (CONAR. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07.05.2021.)

²²¹ DIAS, Lucia Ancona L. de M. op. cit., p. 50.

²²² MARTINS, Guilherme Magalhães. op. cit., p. 310.

Em sentido semelhante, em artigo publicado em coautoria no mesmo ano, Isabella Henriques, Diretora do Instituto Alana (à época e ainda atualmente), ressalta que

a penalidade máxima que pode ser aplicada pela ONG é a recomendação de que a veiculação da campanha publicitária seja sustada ou deixe de ser veiculada. Mas pode também recomendar a alteração da publicidade para que se adapte aos seus preceitos éticos, que também estão em consonância com a legislação brasileira. No entanto, cumprir ou não com as determinações do Conar é mera liberalidade das empresas.²²³

Acrescenta, ainda, críticas acerca da diferença na forma de apresentação de denúncias – pois, quando apresentadas por empresas que se sentem prejudicadas pelas campanhas de seus concorrentes, é realizada por representação formal, com a atuação de advogado, ao passo que o público em geral a realiza informalmente pelo *site*. Além disso, em sua análise daquele contexto, eram poucos os consumidores cientes da possibilidade de realizarem denúncia por esse meio, em razão da pouca divulgação.²²⁴

Contudo, a análise realizada neste trabalho, detida às Representações sobre o tema de publicidade infantil ilícita decididas no período de 2018 a 2022, algumas das quais foram citadas, revelou cenário mais satisfatório, indicando aparente avanço. Quanto à crítica no sentido de o alcance ao Conar não ser difundido entre os consumidores, acredita-se ter havido uma progressiva (e positiva) transformação dessa situação, pois, a maioria das Representações analisadas partiu de denúncias apresentadas por consumidores²²⁵, tendo sido outras apresentadas pelo Ministério Público e, inclusive, recentemente, uma delas, que será mencionada mais adiante, foi proposta de ofício pelo próprio Conar. A partir disso, percebe-se que, ao menos no que tange à questão da publicidade infantil irregular, há um envolvimento da sociedade como um todo, em especial os pais preocupados com os efeitos sobre seus filhos, não se limitando a uma questão meramente empresarial/concorrencial.

Justamente em razão da ausência de jurisprudência específica sobre o tema estudado, a maior parte dos exemplos concretos citados neste trabalho foi extraída de Representações do Conar. Quanto às consequências práticas de sua atuação, observa-se natural limitação em razão da ausência de poder coercitivo, de modo que as decisões têm caráter de recomendação, e, o

²²³ HENRIQUES, Isabella; GONÇALVES, Tamara A. **Publicidade de alimentos e crianças: regulação no Brasil e no mundo**. 1. ed. Editora Saraiva, 2015. p. 52.

²²⁴ HENRIQUES, Isabella; GONÇALVES, Tamara A. op. cit.

²²⁵ Na Representação nº 015/20, “Perto de quinze denúncias de consumidores motivaram esta representação contraanúncio do whisky Old Parr inserido em videoclipe do cantor Gustavo Lima divulgado em redes sociais. (CONAR, Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07.05.2021)

Código de Autorregulamentação possui um escopo de orientação ao exercício da atividade publicitária. Mas, justamente, por não possuir o condão de aplicar medidas sancionatórias propriamente ditas (como multas, indenizações ou outras sanções de caráter econômico), as decisões costumam sugerir a suspensão da veiculação da publicidade em desconformidade com o Código e/ou aplicar advertência aos seus autores.

Apesar de não haver obrigatoriedade no cumprimento das decisões, percebeu-se, nos casos mencionados ao longo do trabalho, que a conformidade com as diretrizes da entidade pareceu ser buscada pela maioria dos denunciados – ao menos posteriormente ao recebimento da denúncia, tomando medidas para adequar as publicidades, ou retirá-las do ar imediatamente, o que foi informado em muitas defesas. Assim, apesar das limitações inerentes à natureza da entidade, e apesar das críticas de corporativismo e falta de efetividade – que possuem sua razão – ao menos nos casos concernentes ao tema em questão, foi observada uma tendência de conscientização, colaborando para um efeito preventivo.

Tal impressão foi corroborada a partir do resultado de uma busca atualizada²²⁶ de Representações mais recentemente divulgadas no *site* do Conar. Considerando-se que, segundo dados estatísticos, “youtubers e produtores de conteúdo foram mais punidos do que marcas anunciantes no balanço das decisões tomadas pelo órgão em 2018”, quando comparado a uma busca manual em período equivalente, mais recentemente, (de maio de 2021 a abril de 2022), a tendência se inverte: houve um total de 15 decisões de Representações inseridas na seção “crianças e adolescentes”, indentificando-se o mesmo influenciador como denunciado em apenas 2 delas, em junho e julho de 2021. Tal mudança de tendência pode indicar que os diversos casos anteriores envolvendo influenciadores tenham gerado uma conscientização positiva entre os profissionais desse meio, favorecendo a prevenção de novas ocorrências.

Um dos casos em questão, julgado em junho de 2021, consiste na Representação nº 074/21, aberta de ofício pelo próprio Conar, em face do influenciador infantil Lucas Neto, em razão da publicidade do “Ovo de Páscoa do Lucas Neto”, fabricado pela Arcor, indicando reiteração de conduta. A decisão proferida no Caso “ARCOR e Lucas Neto - Batalha entre os aventureiros” considerou ter havido falta de identificação publicitária, consignando expressamente, também em relação à fabricante Arcor que “todos os responsáveis pela

²²⁶ A primeira busca foi realizada em 07.05.2021, analisando-se os casos decididos do ano de 2018 até o momento, e, a segunda busca foi realizada em 04.07.2022, para fins de comparação das tendências de cada período.

comunicação comercial devem envidar os melhores esforços na adoção das medidas para a regularidade da publicidade que possa impactar o público infantil”, como se extrai do resumo disponibilizado pelo Conar:

Este processo, aberto de ofício pelo Conar, trata da publicidade inserida em conteúdo produzido pelo influenciador Luccas Neto em seu canal nas redes sociais, divulgando o produto "Ovo de Páscoa do Luccas Neto", fabricado pela Arcor como parte de um contrato de licenciamento da marca "Luccas Neto". A ação publicitária se dá em dois momentos do vídeo. No primeiro, aparece como um elemento do roteiro e sem qualquer menção que identificasse a natureza publicitária da mensagem. No segundo, aparece numa espécie de intervalo, que interrompe a história, identifica se tratar de uma publicidade e segue uma estrutura parecida com um comercial. A direção do Conar questiona a falta de identificação da natureza publicitária, temendo que possa gerar confusão junto ao público infantil, em desacordo com as recomendações do Código e do Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais, lançado pelo Conar no final de 2020. O influenciador defendeu-se, considerando ética a forma como as mensagens foram apresentadas quando vistas em seu conjunto - a exposição do produto em uma cena do conteúdo, seguida por um anúncio formal. Considerou também que o anúncio é dirigido aos pais e responsáveis e não às crianças. Alegou ainda que o vídeo como um todo possui uma mensagem positiva para o público infantil, tratando de valores como amizade e honestidade. A defesa informa que, em sinal de boa fé, a partir da citação, o vídeo denunciado foi colocado como privado no YouTube, não estando mais disponível para acesso público. Em sua defesa, a Arcor alegou desconhecer a ação publicitária, atribuindo-a exclusivamente ao influenciador, que teria contrariado cláusula contratual, pela qual comprometeu-se a aprovar previamente qualquer anúncio com a Arcor. Por isso, pediu que fosse retirada do processo. O relator dividiu seu voto em duas partes. Na primeira, voltada ao mérito das ações publicitárias, deu razão à denúncia, considerando que a primeira inserção não atende às recomendações do Conar quanto à sua correta identificação como publicidade. Por isso, propôs a alteração. A segunda parte do voto trata dos argumentos da Arcor, de que não deveria ser parte da representação. Tais argumentos não foram aceitos pelo relator, que propôs a advertência à anunciante, diante do intento de isenção, considerando que todos os responsáveis pela comunicação comercial devem envidar os melhores esforços na adoção das medidas para a regularidade da publicidade que possa impactar o público infantil. Seu voto, alteração agravada por advertência à Arcor e Luccas Neto, foi aceito por unanimidade.²²⁷

Em julho de 2021, houve novo caso envolvendo o mesmo influenciador infantil, identificado como “Quatá e Luccas Neto - Quatá Kid - Achocolatado aventureiros Luccas Neto - Raíssa venceu o desfile de moda da escola fantástica” (Representação nº 068/21), mediante queixa de consumidor que questionou “a apresentação do produto, como capaz de aumentar a força da criança, e também se a peça publicitária pode estimular excessivo consumo do produto por meio de código na embalagem que dá acesso a conteúdo do influenciador”²²⁸. Embora a Quatá tenha apresentado defesa alegando que a mensagem é dirigida aos adultos e não às crianças, a decisão aplicou advertência à marca e ao influenciador e recomendou a alteração do anúncio no tocante à identificação publicitária e à retirada do apelo imperativo de consumo.

²²⁷ CONAR. **Representação nº 074/21**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 01.07.2022.

²²⁸ CONAR. **Representação nº 068/21**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 01.07.2022.

Observando-se que o influenciador foi citado e advertido em outras Reclamações no período de 2018 a maio de 2021, parece tratar-se de um caso isolado, embora se presuma que, por ser um influenciador infantil de grande projeção, naturalmente, suas postagens e publicidades alcancem um número maior de espectadores, aumentando particularmente a vigilância sobre sua atuação.

Ainda dentro da esfera autorregulamentar, mencionam-se os Compromissos Públicos, a exemplo do que foi firmado por 25 empresas do ramo alimentício perante a Associação Brasileira de Anunciantes (ABA) e a Associação Brasileira de Indústrias Alimentícias (ABIA), comprometendo-se a “a modificar as suas práticas de marketing, adequando-as aos parâmetros internacionais e buscando assegurar maior proteção à infância”²²⁹. Contudo, como ressaltado por Isabella Henriques, o documento continha diretrizes genéricas, dependentes de posterior detalhamento individual por cada empresa, o que não foi realizado a contento, resultando em uma patente falta de efetividade, mesmo porque derivam de compromissos voluntários, não havendo “qualquer forma de responsabilização para aquelas empresas que eventualmente descumprirem o acordado, apenas eventual constrangimento público em relação à imagem da empresa.”²³⁰

No âmbito do controle administrativo propriamente dito, é possível acionar os “Procons” municipais e estaduais e o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça (DPDC/MJ). Podem também ser celebrados Termos de Ajustamento de Conduta, propostos pelo Ministério Público, para a extinção de processos judiciais. Além disso, destaca-se três resoluções voltadas à publicidade infantil: Resolução nº 163/2014 do Conanda, Resolução nº 24/2010 da Anvisa e Resolução nº 408/2008 do Conselho Nacional de Saúde.

A Resolução nº 163 do Conanda, já mencionada anteriormente, lista, em seu art. 2º, um rol de aspectos que caracterizariam como abusiva a publicidade direcionada à criança:

I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores; II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança; III - representação de criança; IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil; V - personagens ou apresentadores infantis; VI - desenho animado ou de animação; VII - bonecos ou similares; VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis

²²⁹ HENRIQUES, Isabella; GONÇALVES, Tamara A. op. cit., p. 53.

²³⁰ HENRIQUES, Isabella; GONÇALVES, Tamara A. op. cit., p. 55.

ou com apelos ao público infantil; e IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.²³¹

Por sua vez, a Resolução n. 24/2010 da Anvisa dispõe sobre

a oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas cujo objetivo seja a divulgação e a promoção comercial de alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional, nos termos desta Resolução, e dá outras providências.²³²

Já a Resolução nº 408/2008 do Conselho Nacional de Saúde trata da publicidade de alimentos nos itens 8 e 9:

- 8) Regulamentação da publicidade, propaganda e informação sobre alimentos, direcionadas ao público em geral e em especial ao público infantil, coibindo práticas excessivas que levem esse público a padrões de consumo incompatíveis com a saúde e que violem seu direito à alimentação adequada;
- 9) Regulamentação das práticas de marketing de alimentos direcionadas ao público infantil, estabelecendo critérios que permitam a informação correta à população, a identificação de alimentos saudáveis, o limite de horários para veiculação de peças publicitárias, a proibição da oferta de brindes que possam induzir o consumo e o uso de frases de advertência sobre riscos de consumo excessivo, entre outros.²³³

Em contraponto à jurisprudência da época, Isabella Henriques destaca que no âmbito administrativo as decisões se mostravam mais promissoras, pois, ao menos junto ao Procon/SP, haveria certo consenso de que direcionar publicidade às crianças consubstancia-se em prática de difusão de publicidade abusiva, passível de repressão. A autora cita caso emblemático da aplicação de multa administrativa²³⁴ pelo Procon do Estado de São Paulo ao McDonald's (PAD nº 1722/10-ACP AI 05465 D7) no valor de R\$ 3.192.300,00, em 2011 – embora a decisão tenha sido reconsiderada judicialmente.

Entretanto, o controle misto apresenta uma peculiaridade: há uma interação entre os diversos entes que o compõem, os quais não atuam de forma paralela, mas inter-relacionada; por vezes, em sentido convergente e complementar, como no caso da apresentação de denúncias

²³¹ CONANDA. **Resolução nº 163/2014**. Disponível em: < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=268725>>. Acesso em: 01.07.2022.

²³² ANVISA. **Resolução n. 24/2010**. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2010/rdc0024_15_06_2010.html>. Acesso em: 05.07.2022.

²³³ CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Resolução n. 24/2010**. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2008/res0408_11_12_2008.html>. Acesso em: 05.07.2022.

²³⁴ Caso semelhante ocorreu em publicidade do Habib's (Alsaraiva Com. Empreendimentos Imob. e Part. Ltda.) relacionada à distribuição de brinquedos infantis, em que houve a aplicação de multa de R\$ 2.408.240,00 no PAD n. 1674/10 – ACP AI 05466D7.

pelo Ministério Público diante do Conar; e, em outros momentos, em sentidos divergentes, como no caso relatado criticamente pelo Professor Guilherme Martins, referente à

decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que anulou a multa imposta pelo Procon-SP, de mais de 3 milhões de reais, sobre a empresa Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda. (Mc Donald's), sobre a ilegalidade da estratégia conhecida com McLanche Feliz. Dentre os principais argumentos do acórdão, é mencionado que “a sociedade brasileira se rege pelo modelo capitalista”, bem como que “cabe à família o poder-dever da boa educação dos filhos”, não cabendo ao Estado sobrepor-se às obrigações primárias do ente familiar.²³⁵

Não se pode esquecer, também, o papel que pode – e deve – ser exercido pela sociedade civil, na medida em que ela como um todo é igualmente responsável, por força de mandamento constitucional (art. 227, da CRFB/88), pela defesa dos direitos das crianças e adolescentes. Nesse sentido, o Projeto Criança e Consumo, criado pelo Instituto Alana²³⁶, segundo Isabella Henriques, desde 2007,

vem fomentando a discussão da publicidade dirigida a crianças, em particular aquela que se refere a produtos alimentícios ultraprocessados, tanto junto a órgãos administrativos, como perante o Ministério Público, por meio de representações e denúncias. Estas são em grande parte vertidas em procedimentos administrativos (no caso dos Procons e DPDC) ou em termos de ajustamento de conduta e ações civis públicas (quando direcionadas ao Ministério Público). (...) diversas denúncias resultaram na instauração de procedimentos, com imposição de multas e proposição de ações judiciais, em muitos casos.²³⁷

Apesar da falta de articulação e coesão que se observa entre os agentes das diversas esferas de controle publicitário, e embora também tenha havido uma interação conflituosa entre o Instituto Alana e o Conar²³⁸, em 2011, ressalta-se, como ponto positivo e necessário, para uma proteção mais efetiva dos consumidores, em especial no âmbito da publicidade infantil, o esforço para uma atuação articulada entre as esferas de controle, o que se observa, por exemplo, em ações do Ministério Público e do Instituto Alana acima mencionadas.

²³⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. op. cit., p 314-315.

²³⁶ Segundo informações divulgadas em seu site oficial, o Instituto Alana é uma organização da sociedade civil, sem fins lucrativos, que nasceu em 1994 com a missão de “honrar a criança”. (INSTITUTO ALANA. Disponível em: <<https://alana.org.br/>>. Acesso em: 04.07.2022.

²³⁷ REF (p. 40)

²³⁸ Segundo artigo escrito em coautoria por Isabella Henriques, Diretora do Instituto Alana, “No mês de junho de 2011, em parecer elaborado por um conselheiro seu e apoiado por duas câmaras de julgamento, o Conar divulgou recomendação de arquivamento de denúncia formulada pelo Instituto Alana com diversas e vulgares ofensas à organização. Tamanho o absurdo vindo justamente de uma organização que se diz um Conselho de Ética que, além de mobilizar grande parte da sociedade, redundou na decisão do Alana de não mais recorrer ao órgão, nem o reconhecer como uma instância ética imparcial ou mesmo adequada para tratar da temática da publicidade dirigida a crianças”. (HENRIQUES, Isabella; GONÇALVES, Tamara A, op. cit., p 52-53)

CONCLUSÃO

Partindo-se da análise dos sujeitos envolvidos na publicidade, o influenciador digital, emissor e criador da mensagem publicitária, foi caracterizado como um profissional que compartilha sua vida pessoal nas redes sociais e produz conteúdo habitualmente (em geral sobre um tema específico), cultivando uma espécie de relacionamento com seus seguidores, baseado na credibilidade que constrói – o que possibilita o fenômeno da influência. Observou-se que a monetização de tal atividade ocorre, frequentemente, por meio da realização de parcerias publicitárias com marcas – ou mesmo com a criação e comercialização de produtos próprios (linha de brinquedos e venda de livros, por exemplo) ou de serviços (shows, participações em eventos, entre outros).

Do outro lado, viu-se que o público infantil deve ter reconhecida a sua condição de hipervulnerabilidade, considerando que, além da vulnerabilidade inerente à posição de consumidores (por estarem expostos à publicidade, conforme art. 29 do CDC), apresentam a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento – o que é corroborado por estudos neuropsicológicos na área. E, tendo em vista que a publicidade percebida pela criança tem forte influência sobre os hábitos de consumo de todo o núcleo familiar, a este também deve ser estendida a condição de coletividade hipervulnerável.

Tendo isso em vista, para a efetiva proteção das crianças (e de suas famílias, reflexamente), deve-se aplicar, em conjunto, pelo método do diálogo das fontes, todas as normas protetivas à disposição no ordenamento jurídico, dentre as quais se chama atenção para o CDC, o ECA e a Resolução nº 163 do Conanda. Vale ressaltar também que, em razão da vulnerabilidade agravada, requer maior rigor a análise da conduta do influenciador, que deve ser ainda mais cauteloso, cumprindo com o seu dever de proteção, levando sempre em consideração a faixa etária do público que terá acesso à mensagem publicitária – tendo em vista os estágios do desenvolvimento infantil.

Embora o STJ reconheça os aspectos acima mencionados (hipervulnerabilidade e necessidade de aplicação do método do diálogo das fontes), no que tange à proteção da criança, os precedentes mais próximos da situação específica analisada, relacionada à publicidade ilícita, dizem respeito à responsabilidade civil de celebridades, em que prevalece o entendimento de que somente o fornecedor-anunciante deveria ser responsabilizado. Diante desses julgados,

houve divergência doutrinária, com destaque para a tese defendida por Paulo Scartezzini, que, conforme relatado, concluiu pela necessidade de imputação de responsabilidade objetiva às celebridades.

Transpondo-se tal análise para a realidade da publicidade feita por influenciadores digitais, percebe-se que a tese de Paulo Scartezzini comporta aplicação atual, ressalvadas as peculiaridades desse novo tipo de publicidade e ajustada parte sutil de sua fundamentação. Para tal conclusão, deve-se revisitar as diferenças apontadas ao longo do trabalho entre a publicidade realizada pelo influenciador e a realizada pela celebridade, frisando-se que tal distinção não é essencial ao sujeito em si (pois, como demonstrado, uma mesma pessoa pode transitar entre os dois papéis), mas decorrente da forma de atuação em cada meio de comunicação.

Em síntese, em um meio tradicional de comunicação, as publicidades são veiculadas em momento ou locais próprios (o intervalo comercial, no caso da publicidade televisiva, ou páginas/campos específicos no caso de publicidade em revista, por exemplo), apartados do conteúdo de entretenimento, o que favorece a identificação da mensagem publicitária como tal. Por outro lado, no meio digital, não há um momento ou espaço específico para a realização de publicidade, que, na maioria das vezes, é integrada ao próprio conteúdo informativo publicado, dificultando a identificação da intenção comercial subjacente.

Quanto ao estilo de comunicação, percebe-se que a celebridade, em um comercial televisivo, parece reproduzir uma mensagem decorada, ensaiada (ou mesmo lida), pouco natural, pelo que costuma ser vista como um “porta-voz” da marca anunciante, que apenas “empresta sua imagem”. Assim, é transmitida uma postura de distanciamento em relação ao público. Já o discurso do influenciador tende a ser naturalmente mais persuasivo, tanto pela naturalidade empregada na comunicação, marcada por um forte subjetivismo, quanto pela noção de proximidade com o seguidor, em razão da possibilidade de interação, o que gera maior empatia e confiança – em especial no caso de influenciadores infantis, que frequentemente se apresentam como “amigos” das crianças.

Mas, embora os pontos acima expliquem o porquê de a publicidade digital ser tão persuasiva e, ao mesmo tempo, incorrer tão facilmente em ilícitudes, é outro o fundamento que justifica, com mais intensidade, sua necessária responsabilização nesses casos: a conduta extremamente autônoma e ativa do influenciador na produção da publicidade.

Isso se verifica por dois aspectos: (i) o influenciador recebe, na maior parte das vezes, ampla autonomia criativa para que escolha a forma de transmitir sua mensagem, o que se justifica visando à própria efetividade da publicidade, que deve soar espontânea, poder ser organicamente inserida em sua rotina e dialogar com o seu conteúdo e (ii) o influenciador costuma exercer uma postura bastante ativa no processo da venda, por ser frequente a divulgação de *links* rastreáveis e cupons de desconto personalizados, através dos quais as marcas monitoram a quantidade de produtos comprados por intermédio da divulgação do influenciador, o que pode ser crucial para a renovação do contrato publicitário ou mesmo implicar o recebimento de comissões.

Dito isso, cumpre ressaltar que os princípios e regras previstos no CDC, os quais devem orientar a atividade publicitária, devem ser cumpridos por todos que nela estiverem envolvidos, não apenas o fornecedor-anunciante, pois as normas do CDC sobre publicidade visam regular a atividade em si, em abstrato. Então, conclui-se inicialmente que, independentemente de caracterização do autor como fornecedor ou não, todos que de alguma forma participarem da realização da publicidade (em quaisquer etapas, tais como idealização, produção, veiculação etc.), ao fazê-lo, devem observar as normas do CDC que regulam a matéria.

Caso se verifique, em concreto, a ocorrência de publicidade ilícita (enganosa, abusiva e/ou clandestina), ou seja, em contrariedade às normas do CDC, deverá haver a responsabilização civil do influenciador. Não se vislumbra a possibilidade de não haver qualquer responsabilização, na medida em que, como dito acima, os princípios e deveres dispostos no CDC, que orientam a atividade publicitária, devem ser observados por quem quer que a pratique (em especial da forma autônoma e ativa que se verifica no caso dos influenciadores). Assim, uma vez violadas tais normas pelo influenciador, culminando na produção ou veiculação de publicidade ilícita, deverá ocorrer a sua responsabilização.

Para a verificação da ilicitude, deve-se analisar o potencial impacto lesivo do anúncio sobre os destinatários, sem a necessidade da existência de um dano concreto e independentemente da aquisição do produto anunciado, pois se deve examinar o conteúdo da mensagem publicitária em si, considerado o dano *in re ipsa*. Tal entendimento é compatível com a garantia de prevenção a danos coletivos contida no art. 6º, VI, do CDC, pois, sendo certo que a publicidade afeta uma coletividade de pessoas a ela expostas (equiparadas a consumidores

pelo art. 29 do CDC), há que se levar em conta o potencial consumidor médio para a aferição dos eventuais efeitos da publicidade, em vez de se esperar que um dano em concreto venha a efetivamente ocorrer para, somente depois, reparar ou ressarcir a lesão ao bem jurídico.

Concorda-se, ainda, com o mencionado posicionamento de Rizzatto Nunes no sentido de que basta que trecho do anúncio se caracterize como ilícito – especialmente em se tratando de um público infantil, pois detalhes que, para um adulto, seriam irrelevantes na compreensão do anúncio como um todo, para as crianças, podem ter um impacto substancial. Diante disso, o que se sugere é a variação da medida a ser imposta em cada situação: caso o anúncio como um todo viole o disposto no CDC, deverá ser retirado de veiculação e substituído por outro, adequado às normas; caso a ilicitude seja observada em trecho restrito, este deve ser excluído da publicidade, quando possível, para que esta possa subsistir sem o vício.

Cabe ressaltar que, *a priori*, a publicidade subliminar é terminantemente proibida, em qualquer caso, por se valer de sugestionamentos voltados ao inconsciente, violando frontalmente o princípio da identificação da mensagem publicitária. Outros tipos de técnicas, tais como o *puffing* (exagero), a ambiguidade e o *product placement/merchandising* não chegam a ser proibidos de plano, mas devem ser analisados com cautela no caso concreto, pois serão ilícitos caso (i) sejam capazes de induzir o consumidor a erro, hipótese em que configurariam publicidade enganosa, (ii) se aproveitem da hipervulnerabilidade do público infantil, situação em que se estaria diante de uma publicidade abusiva ou (iii) tornem inviável a identificação da peça publicitária como tal, caso em que haveria violação ao princípio da identificação, configurando, assim, publicidade clandestina.

Essa verificação, em concreto, é mais delicada no caso da publicidade infantil, pois devem ser consideradas as peculiaridades desse público, decorrentes da condição de pessoa em desenvolvimento. Por exemplo, a utilização de expressões indicativas de superioridade como “o melhor” pode configurar, em vez de um exagero evidente (como seria provavelmente detectado pelo público adulto), uma informação falsa (enganosa) ou mesmo uma comunicação abusiva, por se aproveitar da vulnerabilidade da criança, que pode tomar o pretenso atributo como verdade absoluta. No caso da ambiguidade, caso um dos sentidos interpretativos possa conduzir o público infantil a uma percepção distorcida da realidade ou das qualidades do produto anunciado, se estará diante de uma publicidade enganosa.

O *product placement* ou *merchandising* ocupa espaço ainda mais sensível diante do público hipervulnerável, pois, apesar de não ser proibido pelo CDC, desde que não viole o princípio da identificação, o aviso escrito ao início ou ao final da exibição não se apresenta como uma forma efetiva de tornar a publicidade identificável, em razão das limitações relativas à alfabetização infantil. Por esse motivo, entende-se pela incompatibilidade da prática com o princípio da identificação da mensagem publicitária contido no art. 36 do CDC, concordando-se com o art. 37, “item 3” do CBARP, que “condena a ação de merchandising ou publicidade indireta contratada que empregue crianças, elementos do universo infantil ou outros artifícios com a deliberada finalidade de captar a atenção desse público específico, qualquer que seja o veículo utilizado”.

Sem dúvidas, as técnicas publicitárias próprias do meio digital (como *native advertising*, *unboxing* e resenhas) apresentam um desafio adicional ao controle da publicidade, na medida em que naturalmente dificultam a identificação de eventual mensagem publicitária, quando efetivamente presente. Essa problemática se reflete na análise de representações do Conar, pois um número expressivo das “condenações” tem como fundamento a ausência de identificação da publicidade, isolada ou cumulativamente.

A sugestão do próprio Conar para resolver tal impasse é que se adicione o termo “publicidade”, “publi”, ou similar na postagem. Contudo, no caso específico da publicidade infantil, é discutível se o alerta por meio de uma palavra ao final da postagem seria de fato capaz de informar devidamente este público, tanto pela problemática da alfabetização incompleta quanto pela questão da ausência de ostensividade no aviso, já que, naturalmente, os elementos gráficos e estéticos capturarão sua atenção, ainda que a criança já seja alfabetizada. Uma solução para tornar mais evidente e perceptível a vinculação entre o influenciador e a marca patrocinadora da postagem seria que todas as redes sociais implementassem ferramentas para padronizar a identificação de publicidade de uma forma mais ostensiva, por alerta inserido em lugar destacado e de fácil localização, como implementado, por exemplo, pela rede social Instagram.

Contudo, a problemática envolvendo a publicidade infantil transcende a questão da mera identificação da publicidade em sentido formal, por depender de complexos aspectos neuropsicológicos, na medida em que, como estudado por Piaget, significativa extensão do desenvolvimento cognitivo da criança é marcada pela característica do “egocentrismo”, que

prejudica (ou mesmo impossibilita) a compreensão do próprio conceito de publicidade e de sua finalidade, em razão da indissociação entre o “eu” e o “outro”. Enquanto essa perspectiva não dá lugar à socialização, a criança, em teoria, é incapaz de identificar as intenções do “outro” – no caso, a intenção comercial da marca anunciante.

Feita a ressalva de que a determinação da ilicitude, muitas vezes, não é uma tarefa simples e objetiva, fato é que deve ser realizada pelo magistrado casuisticamente, por meio da aplicação das normas existentes. Então, uma vez verificada, no caso concreto, a ocorrência de uma publicidade ilícita, nos termos descritos pelo CDC, inexistindo qualquer excludente, haverá responsabilização do influenciador que a produziu, restando-nos examinar se esta será objetiva ou subjetiva, de acordo com a aplicação das normas sobre responsabilidade civil de que dispomos.

As opções normativas, consideradas em abstrato, seriam as seguintes: (i) aplicando-se o CDC, a responsabilidade seria objetiva, por força de seu art. 14, exceto no caso de responsabilidade do profissional liberal, em que seria subjetiva (art. 14, § 4º, CDC); (ii) pela regra geral do Código Civil, seria subjetiva (art. 186, do Código Civil), sendo objetiva somente nos casos expressamente indicados ou que comportem a aplicação da cláusula geral de responsabilidade objetiva do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, fundada na teoria do risco.

Diante delas, surgem as seguintes possibilidades, a depender das premissas adotadas (que serão postas à prova em seguida):

1. Premissa A: “O CDC deve ser aplicado para a verificação da responsabilidade do influenciador digital”. / Premissa B: “O influenciador é considerado fornecedor (equiparado) e não é profissional liberal”. / Conclusão: “A responsabilidade será objetiva, por força da regra geral do art. 14 do CDC”.
2. Premissa A: “O CDC deve ser aplicado para a verificação da responsabilidade do influenciador digital”. / Premissa B: “O influenciador é considerado fornecedor (equiparado), mas se enquadra como profissional liberal”. / Conclusão: “A responsabilidade será subjetiva, por força do art. 14, § 4º, do CDC”.

3. Premissa A: “O CDC deve ser aplicado para a verificação da responsabilidade do influenciador digital”. / Premissa B: “O influenciador não (necessariamente) é considerado fornecedor e não se enquadra como profissional liberal”. / Premissa C: “Ainda assim, a responsabilidade civil no âmbito do CDC não é restrita aos fornecedores, em razão da amplitude da previsão da solidariedade contida no art. 7º, parágrafo único, e no art. 25, § 1º”. / Conclusão: “A responsabilidade é objetiva, por força desses dispositivos, combinados com o art. 12 do CDC”.

4. Premissa A: “O CDC não deve ser aplicado para a verificação da responsabilidade do influenciador digital”. / Premissa B: “A atividade publicitária pode ser enquadrada na hipótese do art. 927, parágrafo único, do Código Civil (“quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”), aplicando-se a teoria do risco criado”. / Conclusão: “A responsabilidade será objetiva, por força do art. 927, parágrafo único, do Código Civil”.

5. Premissa A: “O CDC não deve ser aplicado para a verificação da responsabilidade do influenciador digital”. / Premissa B: “A atividade publicitária não pode ser enquadrada na hipótese do art. 927, parágrafo único, do Código Civil e nem em outra hipótese de responsabilidade objetiva, pelo que se aplica a responsabilidade subjetiva do art. 186”. / Conclusão: “A responsabilidade será subjetiva, por força do art. 186 c/c art. 927 do Código Civil”.

Para a escolha da primeira premissa, será necessário determinar a aplicação do CDC ou não. Em geral, a aplicação da norma consumerista passa pela subsunção aos conceitos de consumidor e fornecedor positivados no Código, para que se caracterize a relação de consumo. No caso em questão, as pessoas expostas à publicidade são expressamente equiparadas a consumidores, por força do art. 29 do CDC, havendo controvérsia em torno da qualidade de fornecedor (ou fornecedor equiparado) poder ser atribuída ao influenciador digital.

Contudo, visualiza-se outro caminho: opina-se, em concordância com a tese de Paulo Scartezzini, que, o art. 7º, parágrafo único, do CDC²³⁹, ao dizer que, “tendo mais de um *autor*

²³⁹ “Tendo mais de um autor a ofensa, *todos* responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 01.07.2022)

a ofensa, *todos responderão solidariamente* pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”, por si só, permite que a responsabilização seja estendida aos influenciadores, pelo fato de o dispositivo não restringir de nenhuma maneira a responsabilidade à figura específica do “fornecedor”. Em sentido semelhante, o art. 25, § 1º, do CDC, também utiliza expressões genéricas como “mais de um responsável pela causação do dano” e “todos responderão solidariamente”. Assim, entende-se que a aplicação do art. 7º, parágrafo único do CDC, combinada com a previsão de responsabilidade por danos decorrentes da mensagem publicitária (art. 18 do CDC) é suficiente para a responsabilização do influenciador digital. Essa alternativa, por ser fundamentada diretamente na lei, garante maior segurança jurídica.

Discorda-se, somente, como apontado no terceiro capítulo, da viabilidade de transposição aos casos de publicidade digital da conclusão do autor no que tange ao fundamento da responsabilidade com base na teoria do risco-proveito, diante da justificada dificuldade (ou mesmo impossibilidade) de comprovação da obtenção de proveito pelo influenciador em diversos casos, não sendo razoável a atribuição de tal ônus probatório ao consumidor.

Outra possibilidade que não se exclui é a aplicação da teoria do fornecedor equiparado, considerando que a regulamentação da atividade publicitária, de fato, foi inserida no âmbito do CDC, com a equiparação a consumidores das pessoas a ela expostas (art. 29 do CDC). Considerando tal intenção do legislador, seria razoável negar aplicação parcial do CDC – norma de caráter protetivo – no que tange à responsabilidade civil de quem realiza justamente a atividade nele inserida (publicidade), com base unicamente na interpretação literal do conceito de fornecedor descrito no art. 3º? Entende-se que isso significaria obstar a plena efetividade da proteção do consumidor contra a publicidade ilícita, objetivada pelo próprio CDC.

Diante disso, também é bastante razoável a proposição de tal teoria, ao sugerir nada mais que uma interpretação sistemática (e não meramente literal) do conceito de fornecedor presente no CDC, considerando que algumas matérias muito específicas, como o controle da publicidade, foram intencionalmente inseridas em seu âmbito, a despeito da ausência de uma redação completamente técnica e globalizante do conceito de fornecedor presente no art. 3º do CDC. Além disso, há sentido em dizer que, em uma relação de consumo, consumidor e fornecedor são figuras interdependentes, de modo que a equiparação a consumidor das pessoas expostas a práticas comerciais (dentre as quais a publicidade) é suficiente para que se conclua, logicamente, pela existência de relação de consumo, independentemente de um maior debate

acerca da conceituação de fornecedor – ou a equiparação da pessoa exposta à publicidade a consumidor perderia seu efeito prático.

Portanto, não se visualiza a possibilidade de não aplicação do CDC ao caso, tendo em vista que, por escolha do legislador, a regulamentação da publicidade foi inserida no âmbito do CDC, norma de caráter protetivo. A não aplicação do Código, além de desconsiderar o critério da lei mais específica à matéria (princípio da especialidade), retiraria efetividade da previsão constitucional do art. 5º, XXXII, CRFB/88, que fixa o compromisso do Estado em promover a defesa do consumidor “na forma da lei”, na medida em que deixa de aplicar norma criada especificamente para tal finalidade.

Elegendo-se, então, a premissa de aplicação do CDC, afasta-se, por fim, a hipótese de responsabilidade subjetiva, pelo fato de que, ainda que os influenciadores digitais possam ser considerados profissionais liberais em sua atividade profissional (discussão que não se chega a adentrar), tal posição seria assumida em relação às marcas contratantes, para quem os influenciadores prestam seus serviços, e não em relação aos seus seguidores, com quem não estabelecem uma relação de prestação de serviços ao meramente realizarem publicidade. A possível caracterização como profissional liberal apresentaria relevância no caso de o influenciador estar oferecendo seus serviços diretamente aos seguidores, como, por exemplo, consultoria. Mas, não é essa a atividade ora analisada, e sim a realização de atividade publicitária, especificamente.

Com base nisso, sugere-se a conclusão de que (i) haverá responsabilização do influenciador digital e (ii) a responsabilidade deve ser objetiva, preferencialmente pela aplicação do art. 7, parágrafo único, do CDC, combinado com o art. 18 do CDC, pelo fato de a aplicação da norma legal conferir maior segurança jurídica; ou, subsidiariamente, pela aplicação da teoria do fornecedor equiparado, que permitiria aplicar diretamente o art. 18 do CDC, embora a literalidade do dispositivo empregue a nomenclatura “fornecedor”, com base em uma interpretação sistemática do Código.

Embora seja válido o apontamento de que o ordenamento jurídico brasileiro carece de normas especificamente voltadas à publicidade infantil (em sentido semelhante ao da Resolução nº 163 do Conanda, mesmo das previsões específicas do CBARP acerca da publicidade infantil), entende-se que as normas existentes são suficientes, ao menos, para se concluir pela

responsabilização objetiva dos influenciadores. Assim, o público infantil não chega a estar desprotegido diante da publicidade ilícita, em razão do pacífico entendimento pela aplicação simultânea de diversas fontes normativas (CDC, ECA, Resolução nº 163 do Conanda e outras leis que regulamentam publicidade, como a Lei nº 9.294/96). De todo modo, não se nega que a proteção poderia ser mais detalhada.

Por um lado, considera-se positivo que as normas do CDC contenham previsões amplas acerca da publicidade abusiva e enganosa, com categorias abertas, permitindo a inclusão de novas situações que se apresentem com o passar do tempo. Isso possibilita o acompanhamento da evolução das tecnologias de comunicação, a exemplo da própria publicidade digital. Contudo, a existência de normas mais específicas – visando complementar e conferir maior concretude às normas do CDC, e também do ECA – tornaria mais objetiva a aferição da ilicitude, no caso concreto.

A essa conclusão, referente ao controle judicial, acrescenta-se breve análise sobre a atuação do Conar, no âmbito autorregulamentar, com base nos casos concretos observados. Inicialmente, afirma-se que essa entidade, pela ausência de poder coercitivo, não seria suficiente, isoladamente, para o controle da publicidade, tendo em vista que suas decisões dependem da voluntariedade dos denunciados para serem cumpridas, funcionando com base no constrangimento público pelo descumprimento e no prestígio da organização.

Contudo, pelo que se pôde perceber, é uma entidade que recebe expressiva quantidade de demandas sobre o tema, muitas das vezes por denúncias diretas dos consumidores, demonstrando acessibilidade ao público em geral. Além disso, a comparação entre a quantidade de representações no Conar no ano de 2018 e o mais recente período equivalente, como relatado no terceiro capítulo, indicou uma redução numérica dos casos de representações contra influenciadores digitais relacionadas à questão da publicidade infantil ilícita, sugerindo aparente redução da incidência da conduta e possível conscientização dos profissionais da área.

Embora tal conclusão não seja categórica (mesmo porque o foco do presente trabalho não é uma análise estatística, além de que não se pode afirmar uma causa única para o resultado), os números são, ao menos, sugestivos da existência de uma eficácia preventiva decorrente da atuação da entidade. Vale ressaltar novamente que os dois únicos casos relativamente recentes observados foram relacionados ao mesmo influenciador, cuja conduta já havia sido questionada

em diversas representações, o que indica um possível caso isolado de reiteração, embora os dois casos tenham ocorrido em junho e julho de 2021, há cerca de um ano.

Por fim, retoma-se a perspectiva da atuação judicial a fim de tecer breves sugestões ao tratamento da questão pelos tribunais, diante da verificação de que ainda não há jurisprudência consolidada em torno do tema especificamente analisado – frisando-se novamente que as antigas conclusões delineadas pelo STJ em torno da responsabilidade civil das celebridades (no sentido de sua não responsabilização) não devem ser aplicadas indistintamente ao caso dos influenciadores, como já justificado. Embora a via judicial, atualmente, demonstre não ser tão buscada pelos consumidores na situação em estudo, compreende-se que o magistrado, ao se deparar com um caso do tipo, deve visar, primordialmente, à efetiva tutela dos bens jurídicos lesados, tendo em vista a natureza extrapatrimonial do dano, esforçando-se para recompô-los na medida do possível e evitar a ampliação dos danos. Concorde-se com a visão do autor Cícero Dantas, nesse ponto, no sentido de que a resposta pecuniária deve ser tratada como uma medida subsidiária e complementar.

Não se trata de deixar de reconhecer que a sanção econômica tenha efeito coercitivo sobre agentes que atuam com fins comerciais. Por exemplo, é válida uma condenação em obrigação de fazer ou não fazer em relação à publicidade (por exemplo, ajustar seu conteúdo ou retirá-la do ar) sob pena de multa diária, pois, assim, teríamos um efeito concreto de contenção do dano ao bem jurídico lesado. Por outro lado, critica-se que a resposta judicial se restrinja à esfera econômica, sob pena de gerar a equivocada noção de que os danos morais são “comercializáveis” ou que podem ser sempre compensados com o mero pagamento de indenização. Isso incentivaria os anunciantes, bem como os influenciadores que aceitam realizar publicidades, a realizarem um cálculo de “custo-benefício” puramente aritmético ao decidir veicular informações de forma “irresponsável”, ou mesmo transferir tal prejuízo aos consumidores finais, contabilisticamente.

Isso incentivaria o raciocínio, por exemplo, de que, se o cachê é extremamente vantajoso, compensa correr o risco de uma possível condenação pecuniária por divulgar uma informação falsa ou pouco cautelosa sobre o produto, afinal, “no máximo”, se perderia aquilo que se iria ganhar. Por outro lado, se a sanção adotada for, por exemplo, a contrapropaganda, o influenciador terá de usar suas próprias redes (que são seu instrumento de trabalho) para ir a público retificar a informação, o que põe em xeque sua credibilidade perante seus seguidores.

Assim, além de gerar um efeito pedagógico, não somente àquele influenciador, mas a todos que possam cogitar praticar ilicitudes no âmbito da publicidade por presumir que “na pior das hipóteses” perderiam uma importância econômica, funciona como um alerta para os consumidores em geral sobre a informação anteriormente veiculada de maneira inadequada, minimizando, assim, os efeitos danosos que dela poderiam decorrer. Evidentemente, em se tratando de crianças, é possível que a retificação não chame sua atenção propriamente, mas, ao menos, espera-se que haja uma conscientização dos responsáveis que acompanham (ou deveriam acompanhar) o que as crianças acessam na *Internet*, fomentando, inclusive, o diálogo e o esclarecimento sobre informações que, de outra maneira, não teriam a oportunidade de serem publicamente retificadas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AZEVEDO, Fernando Costa de. O núcleo familiar como coletividade hipervulnerável e a necessidade de sua proteção contra os abusos da publicidade dirigida ao público infantil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 123, São Paulo: Ed. RT, 2019.

BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 2, n. 2, 2019.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos et al. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos tribunais**, v. 628, p. 69-79, 1988.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Curso brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor** (versão digital). 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 61, ano 16. São Paulo: Ed. RT, 2007.

BISNETO, Cícero Dantas. **Formas não monetárias de reparação do dano moral: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada**. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 01.07.2022

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01.07.2022.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 01.07.2022)

BRASIL. **Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996**. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 01.07.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.264.116**. Relator: Min. Herman Benjamin, RS, julgado em 18 de outubro de 2011, publicado em 13 de abril de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.558.086**. Relator Ministro Humberto Martins, SP, julgado em 10.03.2016, publicado em 15.04.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1188105**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, RJ, julgado em 05 de março de 2013, publicado em 12 de abril de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1517973**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, PE, julgado em 16 de novembro de 2017, publicado em 01 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1642318**. Relator: Min. Nancy Andrighi, MS, julgado em 07 de fevereiro de 2017, publicado em 13 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 586.316**. Relator: Min. Herman Benjamin, MG, julgado em 17 de abril de 2007, publicado em 19 de março de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.631 Relator: Ministro Edson Fachin, DF, julgado em 25.03.2021, publicado em 27.05.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC n. 114.937**, Relator Ministro Jorge Mussi, julgado em 07 de outubro de 2019, publicado em 09 de outubro de 2019.

CONANDA. **Resolução nº 163/2014**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=268725>>. Acesso em: 01.07.2022.

CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf>. Acesso em: 01.07.2022.

CONAR. **Representação nº 130/20**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07.05.2021.

CONAR. **Representação nº 017/20**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07.05.2021.

CONAR. **Representação nº 031/18**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07.05.2021.

CONAR. **Representação nº 068/21**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07.05.2021.

CONAR. **Representação nº 074/21**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07.05.2021.

CONAR. **Representação nº 091/20**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07.05.2021.

CONAR. **Representação nº 108/18**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07.05.2021.

CONAR. **Resolução nº 02/08**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 01.07.2022.)

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Parecer sobre publicidade infantil nº 8/2021/GTEC/CG**. Processo nº: 576600003.000108/2021-86. Assinado por Ana Sandra Fernandes Arcoverde em 23 de março de 2021.

Consumidor segundo a teoria finalista aprofundada. **Site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/cdc-na-visao-do-tjdft-1/definicao-de-consumidor-e-fornecedor/mitigacao-da-teoria-finalista-para-o-finalismo-aprofundado#:~:text=A%20teoria%20finalista%20aprofundada%20ou,econ%C3%B4mica%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20ao%20fornecedor.>>. Acesso em: 06.07.2022.

COSTA, Matheus Bigogno. O que é e como funciona o streaming. **Canaltech**. 2020. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/internet/o-que-e-streaming/>>. Acesso em: 07.09.2021

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Empresa que comprou avião para uso próprio tem direito a prerrogativas do CDC. **Site do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2014/2014-09-29_13-59_Empresa-que-comprou-aviao-para-uso-proprio-tem-direito-a-prerrogativas-do-CDC.aspx>. Acesso em: 06.07.2022.)

FULLER, Paulo Henrique Aranda; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio; BARROSO, Darlan. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FURTADO, Gabriel Rocha; ALMEIDA, Vitor. In: DE SOUZA, Allan Rocha et al. **Direito digital: direito privado e internet (versão eletrônica)**. 4. ed. Editora Foco, 2021.

GODINHO, Rafael. Lucas Neto analisa como se tornou o maior influenciador infantil do país. **Revista Quem Online**. Disponível em: <<https://revistaquem.globo.com/Entrevista/noticia/2021/05/lucas-neto-analisa-como-se-tornou-o-maior-influenciador-infantil-do-pais.html>>. Acessado em: 02.07.2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Guia para Pais do Instagram. **Site oficial do Instagram**. 2021, p.15. Disponível para download em: <<https://about.instagram.com/pt-br/community/parents>>. Acesso em: 15.05.2021.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

HENRIQUES, Isabella; GONÇALVES, Tamara A. **Publicidade de alimentos e crianças: regulação no Brasil e no mundo**. 1. ed. Editora Saraiva, 2015.

HERMAN, Antonio V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php/>. Acesso em: 25.01.21.

IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>>. Acesso em: 06.07.2022.

KARHAWI, Issaaf. Influenciadores digitais: o Eu como mercadoria. In: SAAD, Elizabeth Corrêa; SILVEIRA, Stefanie Carlan. (Orgs.). **Tendências em comunicação digital**. São Paulo: ECA/USP, 2016.

PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flavia Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 113, p. 89, 2017.

SCHNAIDER, Amanda. E-commerce cresce 47%, maior alta em 20 anos. **Revista Meio & Mensagem**. Disponível em: <<https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2020/08/27/e-commerce-cresce-47-maior-alta-em-20-anos.html>>. Acesso em: 04.09.2021.

Leading countries based on Instagram audience size 2021. **Statista**. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/578364/countries-with-most-instagram-users/>>. Acesso em: 25.05.2021.

Leading countries based on Instagram audience size as of January 2022. **Statista**. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/578364/countries-with-most-instagram-users/>>. Acesso em: 06.07.2022.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais** (versão digital). 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A regulamentação da publicidade infantil no Brasil. A proteção do consumidor e da infância. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 102. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIRAGEM, Bruno. **A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda**. 2014. Disponível em https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf. Acesso em 08.09.2021.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flavia Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 113. São Paulo: Ed. RT, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Atualizador: Gustavo Tepedino. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

PIAGET, Jean. **Seis estudos de psicologia**. Tradução: Maria Alice Magalhães D'Amorim e Paulo Sérgio Lima Silva. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

Por publicidade velada, influenciadores lideram condenações do Conar. **Revista Meio & Mensagem**. Disponível em: <<https://www.meioemensagem.com.br/home/comunicacao/2019/01/25/por-publicidade-velada-influenciadores-lideram-condenacoes-do-conar.html>>. Acesso em: 27.05.2021.

Saiba como Bruna Vieira transformou o blog 'Depois dos Quinze' em livros de sucesso. **Jornal Digital GHZ**. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/cultura-e-lazer/noticia/2014/09/Saiba-como-Bruna-Vieira-transformou-o-blog-Depois-dos-Quinze-em-livros-de-sucesso-4601201.html>>. Acesso em: 02.07.2022.

SCHNAIDER, Amanda. E-commerce cresce 47%, maior alta em 20 anos. **Revista Meio & Mensagem**. Disponível em: <<https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2020/08/27/e-commerce-cresce-47-maior-alta-em-20-anos.html>>. Acesso em: 04.09.2021.

SCHNAIDER, Amanda. Influência dos filhos no supermercado é de 88%. **Revista Meio & Mensagem**. Disponível em: <<https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2019/12/19/influencia-dos-filhos-no-supermercado-e-de-88.html>>. Acesso em: 03.07.2022.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Carlos Mendes Monteiro da; BRITO, Dante Ponte de. Há responsabilização dos influenciadores digitais pela veiculação de publicidade ilícita nas redes sociais? **Revista de Direito do Consumidor**. v. 133, ano 30. São Paulo: Ed. RT, 2021.

Trabalhar com criadores de conteúdo oferece mais possibilidades de flexibilidade. **Site oficial do Instagram**. Disponível em: <https://business.instagram.com/a/brandedcontentexpansion?locale=pt_BR>. Acesso em: 07.09.2021.

VELOSO, Andres Rodriguez; HILDEBRAND, Diogo; CAMPOMAR, Marcos Cortez. **Marketing e o mercado infantil**. 2012.

VIEIRA, Bruna. Curiosidades sobre “De Volta aos 15”, a nova série da Netflix baseada no meu livro. **Blog Depois dos Quinze**. Disponível em: <<https://www.depoisdosquinze.com/2022/01/25/de-volta-aos-15-netflix/>>. Acesso em: 02.07.2022.