

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO

PAMELA MICHELY GRILLO ALENCAR

PUBLICIDADE DE INFLUÊNCIA: UMA ANÁLISE ACERCA DA
RESPONSABILIDADE CIVIL PERANTE A PUBLICIDADE PROMOVIDA POR
INFLUENCIADORES DIGITAIS EM PLATAFORMAS DIGITAIS

São Paulo

2020

PAMELA MICHELY GRILLO ALENCAR

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie

ORIENTADOR: Prof. Ms. Marcelo Romão Marineli

São Paulo

2020

PAMELA MICHELY GRILLO ALENCAR

**PUBLICIDADE DE INFLUÊNCIA: UMA ANÁLISE ACERCA DA
RESPONSABILIDADE CIVIL PERANTE A PUBLICIDADE PROMOVIDA POR
INFLUENCIADORES DIGITAIS EM PLATAFORMAS DIGITAIS**

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Marcelo Romão Marineli
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Diogo Leonardo Machado de Melo
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Ms. Fabricio Favero
Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa

Aos meus pais e à toda minha família por todo amor, apoio e confiança. Agradeço por sempre acreditarem em mim e tornarem esse sonho possível.

AGRADECIMENTOS

É com muita alegria e imenso sentimento de realização que finalizo esse ciclo tão importante da minha vida. Não apenas me formo bacharel em direito, mas também saio uma pessoa completamente diferente da que entrou na universidade cinco anos atrás. Seria impossível agradecer a todas as pessoas que me ajudaram nesses anos, com quem compartilhei vivências tão especiais, mas tentarei exprimir em algumas palavras todo o meu amor, carinho e admiração àqueles que merecem uma lembrança especial nessa ocasião.

À minha família, o meu agradecimento mais especial: agradeço por depositarem tanta confiança em mim e tornarem possível que eu chegasse até aqui. Vocês compartilharam esse sonho comigo, estiveram sempre presentes durante essa trajetória, me apoiaram emocionalmente e financeiramente, mesmo quando parecia impossível. Devo a vocês tudo que eu sou.

Em especial à minha mãe, por ser minha inspiração diária, a pessoa mais sábia que já conheci, obrigada por ser minha maior incentivadora, confiando e me dando forças em cada passo dessa trajetória, abrindo mão de muitas coisas para que eu pudesse ir mais longe, minha eterna rede de apoio.

Ao meu pai, por todo cuidado, carinho e preocupação, por acreditar em mim e nos meus sonhos, minha maior motivação sempre será te orgulhar.

Ao meu irmão, por ser meu maior companheiro e a alegria da nossa família, nos fazendo rir em todos os momentos.

Ao meu namorado, por ter sido minha base durante esse ano de tantas incertezas, estando presente sempre que precisei desabafar ou de um ombro amigo. Obrigada por ser um pai tão bom para nossa filha e um ótimo companheiro de vida, estar com você me faz muito feliz.

À minha filha Catarina, que chegou esse ano mudando tudo para melhor e me proporcionando sentir um amor inexplicável. Você é minha maior conquista.

Aos meus amigos, por todos os incontáveis momentos memoráveis que passei ao lado de vocês, compartilhando amor, carinho e risadas. Tenho as melhores pessoas do mundo ao meu lado.

Aos meus amigos da universidade, por terem dado sentido à minha graduação. Formamos nosso grupo de amigos no primeiro semestre e permanecemos juntos até o final, não há como pensar no Mackenzie e não pensar em vocês. A amizade e companhia de vocês me

deu forças para enfrentar cada semestre, seria impossível enumerar os melhores momentos que passamos juntos.

Ao meu orientador, Marcelo Marinelli, por toda a paciência, dedicação e orientações ao longo do desenvolvimento dessa monografia e por ter me inspirado na escolha do tema durante as excelentes exposições no grupo de estudos de responsabilidade civil.

Obrigada!

RESUMO

Com o avanço da tecnologia e do surgimento das redes sociais, sobreveio a figura do influenciador digital, indivíduo formador de opinião, capaz de modificar comportamentos de seus seguidores e atingir milhões de pessoas com apenas um *click*, tornando-se uma nova peça na publicidade. Por se tratar de um fenômeno recente, não há, até o momento, uma regulamentação específica, sendo que os contratos envolvem diversas figuras, como o anunciante, a agência de publicidade, o veículo de comunicação e o influenciador digital. O objetivo do presente estudo é debater a extensão da responsabilidade dos influenciadores digitais pelo conteúdo produzido e divulgado nas plataformas digitais, com enfoque na questão publicitária, analisando, assim, qual seria a extensão do potencial dano causado ao consumidor e a proporção de culpa do influenciador. Constatou-se que os influenciadores digitais possuem responsabilidade objetiva, visto que eles estão em vantagem quando comparados aos consumidores e atuam efetivamente por meio da indicação de produtos e serviços, de modo a impactar a vida dos seus seguidores, moldar comportamentos e motivar escolhas de consumo. Utilizou-se como base metodológica para o presente estudo o método lógico-dedutivo, partindo do entendimento da publicidade e sua regulamentação no Brasil e como os influenciadores digitais são atingidos, discutindo-se, ainda, a sua responsabilidade civil. A pesquisa foi efetuada com enfoque em obras e artigos que apresentam pertinência temática. Ademais, foram manejadas pesquisas qualitativas e quantitativas, por meio do levantamento de casos fáticos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Influenciador digital; Publicidade; Consumidor.

ABSTRACT

With the advent of technology and the emergence of social networks, the figure of the digital influencer appeared, an opinion-forming individual, capable of modifying the behavior of his followers and reaching millions of people with just a click, becoming a new piece in advertising. As it is a recent phenomenon, there is, so far, no specific regulation, and the contracts involve several figures, such as the advertiser, the advertising agency, the media and the digital influencer. The aim of this study is to discuss the extent of the responsibility of digital influencers for the content produced and disseminated on digital platforms, with a focus on the advertising issue, , analyzing the extent of the potential damage caused to the consumer and the proportion of guilt of the influencer. It was found that digital influencers have strict responsibility, since they have advantage when compared to consumers and act effectively through the indication of products and services in order to impact the lives of their followers, shape behaviors and motivate consumer choices. The logical-deductive method was used as the methodological basis for this study, based on the understanding of advertising and its regulation in Brazil and how digital influencers are reached, also discussing their civil liability. The research was carried out with focus on works and articles that have thematic relevance. In addition, qualitative and quantitative research were handled through the survey of factual cases.

Keywords: Civil responsibility; Digital influencer; Publicity; Consumer.

LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS

CBARP	Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CONAR	Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária
CF	Constituição Federal
Publi	Publicidade
Post	Postagens

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. PUBLICIDADE DE INFLUÊNCIA: O SURGIMENTO DOS “INFLUENCIADORES DIGITAIS”	13
1.1 As redes sociais e a sociedade de consumo.....	14
1.2 O poder dos influenciadores digitais	16
2. NORMAS JURÍDICAS APLICÁVEIS	19
2.1 Da relação de consumo e o vínculo entre influenciadores digitais e seus seguidores.....	20
2.1.1 CONAR.....	22
2.1.2 ECA e a Resolução CONANDA nº 163 de 13/03/2014.....	24
2.1.3 Código de Conduta para Agências Digitais na Contratação de Influenciadores	25
3. PUBLICIDADE ILÍCITA: ENGANOSA, ABUSIVA E OCULTA	26
3.1 Publicidade enganosa	26
3.2 Publicidade abusiva.....	27
3.3 Publicidade oculta	28
4. PRINCÍPIOS REGENTES DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA	31
4.1 Identificação da mensagem publicitária	31
4.2 Vinculação contratual da publicidade	32
4.3 Veracidade e transparência.....	33
5. DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO RISCO DA ATIVIDADE.....	35
5.1 Responsabilidade civil do anunciante	37
5.2 Responsabilidade e solidariedade da agência publicitária.....	38
5.3 Responsabilidade civil dos veículos de comunicação	40
5.4 Fundamentos para a responsabilização dos influenciadores digitais	43
5.5 Da reparação de danos pelos influenciadores digitais.....	46
6. PUBLICIDADE INFANTIL.....	48
6.1 A questão dos influenciadores digitais mirins.....	49
7. CONAR: PUBLICIDADE ILÍCITA ENVOLVENDO INFLUENCIADORES DIGITAIS	51
7.1. Identificação Publicitária.....	51
7.2. Veracidade e responsabilidade social.....	58
7.3 Crianças e adolescentes.....	62
CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

Com o avanço da tecnologia e do surgimento das redes sociais, sobreveio a figura do influenciador digital, indivíduo formador de opinião, capaz de modificar comportamentos, ditar modas e costumes, atingindo milhões de pessoas com apenas um *click*. Por meio do compartilhamento de cada detalhe de seu cotidiano com seus seguidores, são capazes de conquistar a confiança do consumidor, agregando maior valor à marca e potencializando sua capacidade de conversão em vendas.

Por se tratar de um fenômeno recente, não há, até o momento, uma regulamentação específica, e a fiscalização, por sua vez, não ocorre de forma eficaz, sendo que os contratos envolvem diversas figuras, como o anunciante, a agência de publicidade, o influenciador digital e até mesmo o seu agente.

Dessa forma, é importante se ater a uma análise de como o ordenamento jurídico brasileiro deve ser aplicado e respeitado nessas relações, observando diplomas importantes, diretamente ligados ao tema, como o Marco Civil da Internet, o Código de Defesa do Consumidor e as normas do setor de publicidade, como o Código do CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária e o Código de Ética dos Profissionais de Propaganda, avaliando a responsabilidade civil dos influenciadores digitais em razão de indicação de produtos e serviços.

O objetivo do presente estudo é debater a extensão da responsabilidade dos influenciadores digitais pelo conteúdo produzido e divulgado nas plataformas digitais, com enfoque na questão publicitária, analisando, assim, as parcerias dos anunciantes com os influenciadores digitais e sua interferência na sociedade de consumo, para se possibilitar uma análise crítica, mais contundente, acerca da responsabilidade jurídica desses sujeitos.

Esse trabalho monográfico cumpre, então, verificar se esses atores têm ou não, perante o consumidor, responsabilidade civil em decorrência dos danos causados pela publicidade ilícita, com enfoque nas parcerias feitas entre as marcas e os influenciadores digitais.

Será explorado como o influenciador pode ser responsabilizado pela divulgação de produtos e serviços que podem causar dano aos seus seguidores (seja moral, material ou estético), bem como de que forma essa relação pode ser caracterizada como “relação de consumo”. Ademais, pergunta-se, diante do avanço tecnológico e da sociedade de consumo em que vivemos, qual é o limite de responsabilização de influenciadores digitais e quais as consequências decorrentes de uma publicação irrefletida? Existem mecanismos na legislação

brasileira para responsabilizar os influenciadores digitais por eventuais danos causados? Qual seria a extensão do potencial dano causado ao consumidor e a proporção de culpa do influenciador?

Quanto aos métodos, será adotado o lógico-dedutivo, partindo do entendimento da publicidade e sua regulamentação no Brasil e como os influenciadores digitais são atingidos, discutindo-se, ainda, a sua responsabilidade civil. A pesquisa será efetuada com enfoque em obras e artigos que apresentam pertinência temática. Ademais, serão manejadas pesquisas qualitativa e quantitativa, por meio do levantamento de casos fáticos, bem como os demais instrumentos investigativos que venham a se revelar necessários, em conformidade com os objetivos propostos.

1. PUBLICIDADE DE INFLUÊNCIA: O SURGIMENTO DOS “INFLUENCIADORES DIGITAIS”

O desenvolvimento das redes sociais é um dos principais fenômenos dos últimos tempos: as pessoas estão conectadas em diversas plataformas, consumindo todo tipo de conteúdo, como vídeos, imagens, textos e notícias, sendo difícil encontrar aqueles que optaram por não possuir conta em alguma rede social. A velocidade com que as informações são veiculadas trouxe uma nova possibilidade de propagar publicidade e divulgar produtos e serviços, os consumidores estão expostos a infinitas formas de anúncios a todo momento, além das inúmeras experiências de consumo disponíveis pela internet, conforme explicam Germano Schwartz e Paulo Victor Alfeo Reis (2018, p. 40):

Além das inúmeras opções, há também inúmeras experiências de consumo espalhadas pela rede, nas diversas formas, como *sites* de reclamação, *blogs* especializados ou nas reclamações pessoais realizadas nas *fanpages* de marcas famosas. Logo, a qualidade e a intensidade do relacionamento entre a marca e o consumidor são os principais fatores de seu sucesso no mundo em rede atual. O conteúdo de informação torna-se a mola propulsora que movimenta a internet, e o engajamento dos indivíduos (sociológicos e fragmentados como anteriormente demonstrado) tornou-se a principal referência de como o conteúdo impacta as pessoas em rede e, conseqüentemente, as vendas de determinado produto e marca.

Ou seja, a publicidade passa por evoluções com base na forma como consumimos enquanto sociedade. Partindo da premissa de que há cada vez mais pessoas conectadas e gastando mais tempo em redes sociais, a indústria publicitária observou nesse fenômeno uma nova forma de propagar seu conteúdo, inclusive por meio de perfis famosos na internet que demonstram atrativos como um elevado poder de influência, capacidade de convencimento e segmentação do público-alvo, tornando a propaganda veiculada ainda mais eficaz.

Nesse contexto, surgiram os chamados “influenciadores digitais”, pessoas que produzem conteúdo para redes sociais como *Youtube*, *Twitter*, *Facebook* e *Instagram* e movimentam milhões de pessoas ao compartilhar o seu cotidiano, suas experiências, informações, dicas de produtos, de forma a ocasionar um sentimento de identificação com quem o está assistindo, capaz de gerar influência e impactar a forma como os seus seguidores consomem.

Para Eric MESSA (2016), coordenador do Núcleo de Inovação em Mídia Digital da FAAP, “influenciador digital não deixa de ser um formador de opinião” e seria o termo que caberia melhor para “identificar aquelas pessoas que fazem parte de um nicho muito específico e, dentro deste grupo, possuem um volume de conexões superior à média das pessoas que pertencem a esse nicho.” (MESSA, 2016)

O grande diferencial dessa nova forma de se comunicar seria a possibilidade de qualquer pessoa produzir e distribuir conteúdo, em qualquer formato, em diversas plataformas disponíveis na internet, conforme analisam o sociólogo André Lemos e o filósofo Pierre Lévy (2010, p. 25):

A transformação da esfera midiática pela liberação da palavra se dá com o surgimento de funções comunicativas pós-massivas que permitem a qualquer pessoa, e não apenas empresas de comunicação, consumir, produzir e distribuir informação sob qualquer formato em tempo real e para qualquer lugar do mundo sem ter que movimentar grandes volumes financeiros ou ter de pedir concessão a quem quer que seja.

Considerando a grande influência dessas pessoas e o fato dos consumidores valorizarem mais opiniões de terceiros em detrimento àquela manifestada pelo próprio anunciante, se torna de extrema importância entender o alcance e o poder dessa influência e os aspectos jurídicos decorrentes dessas relações, em especial os problemas ocasionados aos consumidores.

1.1 As redes sociais e a sociedade de consumo

O avanço da tecnologia e dos meios de comunicação viabilizou uma interação social a nível mundial, as produções ocorrem em grandes escalas e o consumo é estimulado pra acompanhar os níveis produzidos. As redes sociais, como grande disseminadoras de conteúdo e informação, passaram não só a divulgar os produtos, mas também a fomentar a necessidade de possuir, de forma a criar, modificar e até mesmo extinguir determinados hábitos de consumo. Quanto a isso, informa Fabiano Del Masso (2009, p. 42):

A publicidade aproveitou tal progresso para utilizar os meios de comunicação como um novo vendedor, mas não apenas aquele que anuncia seu produto, por

exemplo, nos intervalos da programação televisiva, mas, sobretudo, em todo e qualquer espaço que possa criar um desejo, um costume. Enfim, os meios de comunicação atualmente funcionam como instrumentos utilizados pelas empresas para venda, tratando os receptores de suas mensagens como potenciais consumidores de suas mercadorias e serviços.

Ocorre que o consumidor, na era digital, passa a exercer conduta ativa, podendo selecionar o conteúdo que irá consumir, no momento em que desejar, diferentemente da publicidade tradicional, veiculada na televisão e no rádio, onde o conteúdo recebido era minuciosamente filtrado pelo anunciante.

De acordo com pesquisa realizada em 2019 pela empresa Global Web Index, com sede em Londres, o Brasil ocupa a segunda colocação no ranking de países que passam mais tempo em redes sociais, estimando que o tempo diário médio que cada pessoa dedica a sites ou aplicativos de mídia social é de 225 minutos, um aumento em relação a 2018, quando o tempo médio gasto com isso era de 219 minutos (ÉPOCA NEGÓCIOS, 2019).

Assim, a publicidade digital desempenha o papel de agregar valor a determinado produto ou serviço, utilizando-se de estratégias específicas para que deixe de ser apenas uma mercadoria sendo divulgada e passe a ser elemento que diz sobre a classe social ou personalidade de quem está consumindo, ou seja, imagens de pessoas famosas, modernidade, evolução são utilizadas para satisfazer os anseios de aceitação do consumidor.

Nesse sentido, Bauman conceitua a “sociedade de consumidores” em sua obra **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria** (2008, p. 53):

A “sociedade de consumidores”, em outras palavras, representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas. Uma sociedade em que se adaptar aos preceitos da cultura de consumo e segui-los estritamente é, para todos os fins e propósitos práticos, a única escolha aprovada de maneira incondicional. Uma escolha viável e, portanto, plausível – e uma condição de afiliação.

O sociólogo polonês traz uma análise acerca da sociedade de consumidores e como seus integrantes são encorajados a consumir, não pautados por suas necessidades, mas sim por um estilo de vida, declinando quaisquer opções culturais que não condizem com essa realidade. Nessa sociedade, é necessário responder à demanda e consumir o que se é esperado na qualidade

de membro, caso contrário o “valor social” do sujeito decai da mesma maneira que sua autoestima.

Complementa para a análise o recorte específico sobre a sociedade brasileira feito por Fabiano Del Masso (2009, p. 44):

O consumidor, no Brasil pelo menos, compreende os bens de consumo como significado que conduzem à divisão das classes sociais, ou seja, o bem de consumo representa a indicação de diferença, e a forma de progredir, ou melhor, de demonstrar a ascensão social, indicada pelos bens que se consome. Assim, o consumidor apresenta uma forma de esquizofrenia simbólica, pois os objetos de consumo são reais, mas as suas significações são irreais.

Dessa forma, considerando que a manutenção da sociedade de consumo depende diretamente da publicidade, o exame da linguagem usada nesse meio é essencial para garantir que sejam utilizadas formas válidas e legais de realizar a publicidade e, assim, refrear a utilização de estratégias e artimanhas capazes de manipular o consumidor.

1.2 O poder dos influenciadores digitais

Os influenciadores digitais possuem um grande número de seguidores que acompanham suas redes sociais, sendo que, geralmente, são compostos por um público-alvo específico que se interessa pelo conteúdo que é produzido, seja pela faixa etária ou pelo ramo, como maquiagem, esportes, maternidade, entre outros. Assim, as marcas firmam contrato de divulgação de serviços e produtos visando alcançar as pessoas que têm interesse em um nicho específico e buscam saber a opinião do influenciador. Veja bem, o influenciador não deve ser confundido com um vendedor, seu papel é gerar alcance, segmentação e repercussão, de forma a alavancar a marca, agregando confiança no que está sendo divulgado.

A partir dessa nova forma de interação social, é possível analisar o alcance que os influenciadores incitam, interferindo diretamente nas escolhas de consumo de seus seguidores, ditando o que é moda e tendência.

Uma pesquisa realizada em 2019 pelo Instituto Qualibest e divulgada pelo portal Meio e Mensagem apontou que “cerca de 76% dos usuários de internet no Brasil já consumiram produtos ou serviços após a indicação de influenciadores digitais”, sendo que “o número, inclusive, salta para 82% entre aqueles que prestam atenção em postagens pagas. O estudo foi

feito com 1,1 mil pessoas com 15 anos ou mais, de todos os gêneros, estratos sociais e regiões do País”. (TURCHI, 2019)

Em relação ao público infantil, isso não é diferente. Segundo a pesquisa TIC Kids Online Brasil 2018, 82% dos usuários de internet de 9 a 17 anos têm perfil em redes sociais, sendo o *Instagram* a rede que registrou o maior aumento desse público nos últimos dois anos: de 36% para 45%. Além disso, os dados apontaram que 55% das crianças e adolescentes presentes nas redes sociais tiveram contato com conteúdos que ensinavam a usar um produto, 49% viram postagens em que produtos eram abertos e mostrados para o público e 46% visualizaram vídeos ou imagens em que eram realizados desafios e brincadeiras com algum produto de marca. (MANDELLI & GALANTE, 2019)

Apesar da relação entre o influenciador e seu seguidor ser pautada na confiança, muitas vezes o influenciador está recebendo para divulgar algo e a publicidade é feita “disfarçada” de mais uma dica sobre “estilo de vida”: os usuários acreditam que o produto ou serviço está sendo compartilhado pelos benefícios que foram obtidos ao utilizá-lo e não conseguem identificar que se trata de uma propaganda paga, tornando a dinâmica demasiadamente frágil para o espectador que encontra dificuldades em perceber quando se trata de uma publicidade e quando não.

Essa dinâmica, estruturada com certa naturalidade em comparação às mídias tradicionais, torna a propaganda muito mais eficaz para o anunciante. Uma pesquisa realizada pelo Google demonstrou que quatro em cada dez usuários da plataforma *YouTube* confiam mais no seu *youtuber* favorito do que nos seus amigos, e que seis em cada dez preferem a indicação realizada por seu *youtuber* favorito do que por outras celebridades (O’NEIL-HART & BLUMENSTEIN, 2016).

Além disso, é possível estabelecer um paralelo com a sociedade de consumidores e o fato de o seguidor ver uma oportunidade de se aproximar do estilo de vida que acompanha e admira ao consumir os mesmos produtos e serviços.

Vale ressaltar que, em relação à publicidade digital, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária recomenda que toda ação publicitária seja claramente identificada como tal, mas não é o que ocorre na prática, havendo, ainda, o obstáculo da fiscalização, considerando que o número de influenciadores e usuários de redes sociais cresce a cada dia.

Assim, indaga-se a possibilidade de haver um controle do que é divulgado pelos influenciadores, bem como sobre sua responsabilidade acerca dos danos causados aos seus seguidores. Além disso, qual seria o papel das empresas que se utilizam das mídias sociais para

impulsionar seus produtos? E, por fim, questiona-se o papel das plataformas digitais, tanto em relação a sua responsabilização, quanto no que diz respeito às suas diretrizes de uso.

2. NORMAS JURÍDICAS APLICÁVEIS

Primeiramente, discute-se os limites da publicidade na esfera constitucional. Apesar de garantidos os direitos intrínsecos à liberdade de comunicação, a publicidade é a principal ferramenta para fomentar o consumo e por esse motivo deve ser entendida como atividade econômica e não atividade meramente informativa, como explica Fabiano Del Masso (2009, p. 115):

A atividade publicitária está diretamente vinculada ao exercício da atividade econômica, pois dela faz parte; de modo que se deve ser tratada dentro do ambiente do desenvolvimento da atividade econômica, sustentada, principalmente pelos Princípios da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência que encontram limites na própria Constituição que prevê a defesa do ambiente, do consumidor, da livre concorrência, como anteriormente mencionado.

Dessa forma, considerando seu caráter comercial, sendo que a manifestação artística em seu conteúdo não é finalidade e sim meio, a publicidade está sujeita a limites, não estando entre as atividades incensuráveis abrangidas pelo art. 5º, inciso IX da Constituição Federal. Sua proteção constitucional é garantida pela tutela da livre iniciativa (art. 170, inciso IV da CF) e da livre concorrência (art. 170, *caput* da CF), sofrendo restrições em decorrência da proteção assegurada aos consumidores (art. 170, inciso V da CF) e ao seu direito de escolha (art. 220, § 3º e § 4ª da CF).

Assim, considerando que não há um direito absoluto, a regulamentação da publicidade não entra em conflito com a liberdade de comunicação, já que os limites impostos são em razão da tutela de outros direitos constitucionais, como a defesa do consumidor. Contudo, essas restrições devem ser razoáveis e proporcionais, seguindo com cautela as restrições instituídas pela própria Constituição, sob pena de configurar conduta prejudicial ao desenvolvimento livre da sociedade, como defende Lucia Ancora Lopes de Magalhães Dias (2013, p. 36):

Mas é certo que se, de um lado, a Constituição Federal impôs restrições ao exercício da publicidade, de outro, também a protegeu, na medida em que assegurou o livre exercício de qualquer atividade econômica (livre iniciativa como fundamento da ordem econômica), bem como a liberdade de expressão e informação. Com isso quer-se chamar a atenção ao fato de que eventuais restrições ao exercício da publicidade devem ser razoáveis e proporcionais,

sob pena de caminhar para uma nociva ingerência do Estado no desenvolvimento livre da sociedade, tanto no seu aspecto econômico quanto intelectual.

Antes de adentrar mais a fundo nas questões legislativas, é necessário ressaltar que há três sistemas possíveis de controle da publicidade, quais sejam: o controle estatal ou legal, o controle privado e o controle misto.

O sistema de controle da publicidade adotado no Brasil é o misto, ou seja, engloba o sistema de controle estatal, exercido pelo Poder Judiciário, simultaneamente com o controle privado, manifestado através da autorregulamentação exercida pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR).

Por isso, são diretrizes a toda publicidade veiculada tanto a legislação, como a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor, quanto o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, inclusive em relação às novas plataformas de mídias sociais, já que se faz necessário assegurar a proteção dos consumidores, como veremos a seguir.

2.1 Da relação de consumo e o vínculo entre influenciadores digitais e seus seguidores

Para que seja possível caracterizar o vínculo entre os influenciadores e seus seguidores como uma relação de consumo, é necessário analisar se estão presentes os elementos objetivos e subjetivos que caracterizam essa relação.

Sobre o tema, Flávio Tartuce e Daniel Assumpção (2018, p. 79) estabelecem três elementos da relação jurídica adaptados para a relação de consumo, são eles: a existência de sujeitos jurídicos, sendo um sujeito titular de direitos e outro com algum dever jurídico; a existência de um produto ou serviço; e algum acontecimento capaz de gerar consequências jurídicas.

Assim, para prosseguir com a análise, cabe o estudo dos sujeitos jurídicos envolvidos, que na relação de consumo são o fornecedor e o consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor define consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (art. 3º, caput do CDC), dessa forma, não restam dúvidas quanto a sua caracterização, já que os influenciadores, ao criarem seus conteúdos publicitários, tratam seus seguidores como potenciais destinatários do produto ou serviço que está sendo divulgado.

Ato contínuo, o fornecedor é definido como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (art. 3º, caput do CDC). A definição utilizada pelo código é ampla a fim de trazer maior segurança ao consumidor, sendo que a atividade desempenhada deve ser tipicamente profissional, com intuito de lucro direto ou vantagens indiretas, tratando-se de um rol meramente exemplificativo de atividades. (TARTUCE & NEVES, 2018, p. 80)

Em relação à natureza jurídica, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que basta o desempenho da atividade de consumo mediante remuneração para que seja possível a caracterização como fornecedor, conforme afirma a ministra Nancy Andrighem em sede de recurso especial (BRASIL, 2013):

Para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos, sendo irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração¹

Assim, é possível que os influenciadores sejam enquadrados como fornecedores, uma vez que atuam de forma profissional, divulgando produto ou serviço de forma direta e recebendo remuneração por este serviço por meio das chamadas “parcerias pagas”.

Ainda, cabe analisar o fato de os influenciadores não serem o “fornecedor principal” do produto ou serviço, sendo responsáveis apenas por divulgar e influenciar na decisão de compra dos seus seguidores, obtendo remuneração indireta. Quanto a isso, os influenciadores podem ser considerados fornecedores por equiparação, conforme tese de Leonardo Roscoe Bessa, atuando como um intermediário na relação de consumo, com posição de auxílio ao lado do fornecedor de produtos ou prestador de serviços, mas ainda detendo uma posição de poder em relação ao consumidor. (TARTUCE & NEVES, 2018, p. 81)

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). EDcl no AgRg no Recurso Especial nº 1.316.921 - RJ. Embargante: Maria da Graça Xuxa Meneghel; Embargado: Google Brasil Internet LTDA. Relator: Nancy Andrighi. Rio de Janeiro, 29 abr 2013.

Dando sequência à caracterização da relação jurídica de consumo, tem-se a questão da vulnerabilidade do consumidor e como consequência a possibilidade de gerar acontecimentos jurídicos.

O poder de influência de que tratamos é gerado por meio de uma relação de confiança e proximidade, como abordado anteriormente. Essa influência torna o consumidor mais predisposto a confiar no que está sendo divulgado, sendo este, inclusive, fato que diferencia os influenciadores das celebridades convencionais.

Quanto à posição de vulnerabilidade do consumidor frente à publicidade, explicitaram Flávio Tartuce e Daniel Assumpção (2018, p. 24):

Ato contínuo de raciocínio, não se olvide a exposição do consumidor aos meios de oferta e informação, sendo impossível que a parte tenha conhecimento amplo sobre todos os produtos e serviços colocados no mercado. A publicidade e os demais meios de oferecimento do produto ou serviço estão relacionados a essa vulnerabilidade, eis que deixam o consumidor à mercê das vantagens sedutoras expostas pelos veículos de comunicação e informação.

Dessa forma, não restam dúvidas de que se trata de uma relação de consumo em que é ofertado produto ou serviço para indivíduo em situação de vulnerabilidade. Assim, por estarem submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é necessário que seus princípios sejam respeitados.

2.1.1 CONAR

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) é uma organização civil sem fins lucrativos, fundada em 1980, como uma resposta ao governo federal e à possibilidade de haver censura prévia à propaganda. Sua Missão é “impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ao consumidor ou a empresas e defender a liberdade de expressão comercial” (CONAR, 2020).

Nesse contexto, surgiu a autorregulamentação da categoria, substanciada no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP), que teria a função de “zelar pela liberdade de expressão comercial e defender os interesses das partes envolvidas no mercado publicitário, inclusive os do consumidor.” (CONAR)

Os seus preceitos básicos que definem a ética publicitária incluem que “todo anúncio deve ser honesto e verdadeiro e respeitar as leis do país”, além disso deve ser observado “o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar diferenciações sociais”. Sendo necessário zelar pela “responsabilidade da cadeia de produção junto ao consumidor”, de forma a “não desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta” (CONAR).

Caso suas regras não sejam cumpridas, é possível que consumidores, autoridades e associados submetam denúncia ao Conselho de Ética do CONAR para que o caso seja deliberado e julgado. É garantido amplo direito de defesa ao acusado e, se for o caso, o CONAR pode aplicar as penalidades estabelecidas no art. 50 do CBARP, entre elas advertência e recomendação aos veículos de comunicação pela correção ou suspensão da exibição da propaganda.

O CONAR tornou-se um importante regulador da atividade publicitária, já que entre seus preceitos está a rapidez e a busca por evitar o excesso de formalismo. Assim, em busca de uma solução mais rápida, as empresas optam por submeter eventual conflito ao CONAR, em vez do Judiciário, conforme explica Rebêlo (2013, p. 32):

Apesar de ser um controle essencialmente privado, como destacado, apresenta muita relevância no cenário nacional, sujeitando os infratores de suas normas e sanções que, pelo que se pode observar, de uma forma geral, mantém certa disciplina no meio publicitário. Ou seja, apresenta certa efetividade o corpo de normas e sanções preestabelecidas pelo CONAR para fazer valer corretamente a atividade publicitária no cenário nacional, até porque oferece uma solução mais rápida e menos traumática se em comparação com o Judiciário.

Portanto, mesmo que suas normas não possuam caráter coercitivo de uma lei, suas decisões são respeitadas e seguidas pelos profissionais da área. Não é por menos que o CONAR já instaurou mais de 9 mil processos éticos, demonstrando a eficácia do controle privado que exerce.

Ainda, vale ressaltar que as normas do Código de Autorregulamentação Publicitária não entram em conflito com o Código de Defesa do Consumidor, conforme explica Lucia Ancona Lopes de Magalhães Dias (2013, p. 41):

As normas do Código de Autorregulamentação Publicitária encontram-se em perfeita harmonia com o texto do Código de Defesa do Consumidor e não

raras vezes servem de subsídios para o aplicador do direito, devido à completude e extensão do seu conteúdo em matéria publicitária.

Logo, por haver preceitos éticos que visam o respeito ao consumidor, o CONAR acaba por complementar o controle publicitário e as regras consumeristas, praticando o já explicado controle misto.

2.1.2 ECA e a Resolução CONANDA nº 163 de 13/03/2014

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) é um órgão colegiado permanente de caráter deliberativo e composição paritária, ligado atualmente ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, previsto no artigo 88 da lei nº 8.069/90 no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)².

Entre suas atribuições está a de 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 do ECA³ (BRASIL, 1991). Essa função é desempenhada por meio de resoluções que possuem força normativa e vinculante.

Assim, em 4 de abril de 2014, foi publicada a Resolução de número 163, que dispõe acerca da abusividade no direcionamento de publicidades e comunicações mercadológicas voltadas ao público infantil. Em seu art. 2º, estipulou como conteúdos abusivos anúncios que contenham linguagem infantil, trilhas sonoras de músicas infantis, desenhos animados, promoções de distribuição de prêmios ou brindes colecionáveis com apelo a crianças e adolescentes, entre outros aspectos.

O art. 37, §2º do CDC (BRASIL, 1990) já havia estipulado como abusiva a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, considerando a incapacidade deste público de identificar que se trata de uma propaganda, porém não contava com uma discriminação detalhada de práticas que poderiam se aproveitar da hipervulnerabilidade do público infantil.

² MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/conanda>. Acesso em: 12 set. de 2020.

³Art. 2º, Inciso I da Lei Nº 8.242, de 12 de outubro de 1991.

Tal resolução consiste em um importante avanço, levando em conta se tratar de público hipossuficiente que não detém capacidade de identificar o conteúdo que está consumindo ou diferenciar ficção de realidade, evitando que se aproveitem da ingenuidade e inexperiência das crianças.

2.1.3 Código de Conduta para Agências Digitais na Contratação de Influenciadores

O Código de Conduta para Agências Digitais na Contratação de Influenciadores é um documento desenvolvido pela Associação Brasileira dos Agentes Digitais (ABRADI) com o objetivo de “orientar o setor de comunicação digital brasileiro sobre questões complexas que envolvem ética e comportamento empresarial em campanhas publicitárias digitais com endosso de influenciadores” (ABRADI, 2017).

A iniciativa partiu da necessidade de preencher lacunas existentes considerando a falta de legislação específica no Brasil para reger alguns aspectos sobre o tema. Assim, o código foi inspirado na experiência internacional de países como Inglaterra, Austrália e Nova Zelândia, onde já haviam sido desenvolvidos códigos de conduta para relações envolvendo influenciadores digitais.

O código traz uma série de recomendações e serve de guia para o setor, porém não possui força de lei, já que a ABRADI não é entidade regulatória. Entre os assuntos abordados pelo documento estão questões que já eram alvo de discussão há alguns anos, como a necessidade deixar claro que há uma relação comercial entre as partes por meio da sinalização nas publicações, qual o tipo de documento deve ser feito para firmar o acordo entre as partes, além de estipular valores a serem seguidos, como verdade, confiança e transparência.

3. PUBLICIDADE ILÍCITA: ENGANOSA, ABUSIVA E OCULTA

De início, vale ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) define como consumidor não apenas o destinatário final que adquire um produto ou se utiliza de um serviço, mas o art. 29 equipara a consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais. Essa definição possui natureza preventiva, protegendo os indivíduos de qualquer dano que possam vir a sofrer em decorrência de toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação, com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados. (BRASIL, 1990)

Assim, o Código de Defesa do Consumidor e o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) vedam toda publicidade considerada ilícita, isto é, que sejam qualificadas como enganosa ou abusiva nos termos do artigo 37 do CDC, bem como a qualificada como oculta, segundo o que determina o artigo 36 do CDC.

3.1 Publicidade enganosa

De acordo com o art. 37, §1 e §3 do CDC, a publicidade enganosa pode ocorrer tanto por ação quanto por omissão:

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. (BRASIL, 1990)

Ou seja, a publicidade é enganosa quando transmite informação totalmente ou parcialmente falsa, de forma que possa induzir o consumidor a erro em relação às características do que está sendo anunciado e também quando deixa de informar dado essencial do produto ou serviço, ainda que seja verdadeira.

Para que seja considerada enganosa, é necessário que haja um nexos causal entre a mensagem e o possível comportamento viciado do consumidor, a mensagem deve apresentar

“potencial enganoso apto a induzir o consumidor em erro e influenciar o seu comportamento econômico, que seria diverso caso estivesse melhor informado sobre as características do produto/serviço ou de suas condições de contratação” (DIAS, 2013, p. 102).

Ainda, argumenta Lucia Dias (2013), que a publicidade enganosa por omissão não ocorreria apenas quando houvesse omissão de dados, mas também quando houver ambiguidade ou inexatidão:

Assim, também é correto afirmar que a publicidade, ainda que verdadeira, pode levar ao engano se apresentar ambiguidade, inexatidão ou omissão de dado essencial à escolha do consumidor. Nos casos de ambiguidade ou inexatidão a publicidade não contém propriamente falsidade, mas o sentido de alguma de suas informações pode gerar confusão ou dupla interpretação entre o público destinatário. (p. 111)

Por último, vale ressaltar que a doutrina e a jurisprudência estabeleceram como critério de avaliação a figura do “homem médio”, ou seja, aquele dotado de um mínimo de atenção e capacidade de julgamento, de mediana esperteza. (DIAS, 2013, p. 114)

3.2 Publicidade abusiva

A publicidade abusiva é definida pelo art. 37, §2 do CDC (BRASIL, 1990):

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Diferentemente da publicidade enganosa, a publicidade abusiva não se trata daquela que contém exageros ou escassez de informações que atingem o consumidor, é ilícita por seu conteúdo de abuso de direito, revelando maior gravidade por contrariar os valores de uma sociedade.

Desse modo, será abusiva a publicidade que atente contra os princípios e valores protegidos pelo nosso ordenamento jurídico ou induzam o consumidor a assumir

comportamento que possa prejudicar sua saúde ou segurança, sendo que seu rol é meramente exemplificativo, já que o texto legal do CDC não trouxe uma definição de abusividade. Além disso, os valores protegidos pela sociedade não são estáticos e podem mudar com o passar do tempo.

Nesse sentido, explica Lucia Dias (2013, p. 165):

O referido § 2º não traz em seu texto normativo um conceito preciso de abusividade, mas, a partir das situações nele exemplificadas, pode-se definir como abusividade toda publicidade que contrarie o sistema valorativo que permeia o ordenamento jurídico da nossa sociedade, sobretudo nos mandamentos da Constituição Federal e das leis.

Logo, por se tratar de conceitos abertos, caberá ao operador do direito a aplicação ao caso concreto.

Assim, além de ser vedada a utilização de conteúdo discriminatório de qualquer natureza, a publicidade não poderá induzir o consumidor a comportamentos que atentem contra a moralidade, contra o meio ambiente ou ainda que incitem medo, violência, ódio a minorias, preconceitos, ofensas, entre outros.

Ainda, é importante salientar a proteção que foi assegurada às crianças, público hipervulnerável por estar em desenvolvimento e ser facilmente influenciável, motivo pelo qual o Código de Defesa do Consumidor positivou a hipótese de abusividade da publicidade que se aproveite de suas deficiências de julgamento e experiência.

3.3 Publicidade oculta

A publicidade oculta, também conhecida como subliminar ou clandestina, tem como base o caput do artigo 36 do CDC que dispõe “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal” (BRASIL, 1990), ou seja, a mensagem deve ser veiculada de forma que o consumidor tenha consciência de que aquele conteúdo tem por objetivo promover produto ou serviço.

Os influenciadores digitais usualmente se utilizam da publicidade oculta ao promover produto ou serviço, discorrendo sobre seus diversos benefícios e vantagens sem deixar claro que se trata de uma “postagem patrocinada” em que o influenciador recebeu alguma vantagem econômica do contratante daquele anúncio.

O problema da publicidade oculta reside no fato de o consumidor acreditar que está diante de uma informação imparcial, creditando mais valor às qualidades que estão sendo informadas, como se fosse uma “dica de amigo”. Sobre a questão, discorre Del Masso (2009, p. 89):

Os resultados provindos do anúncio realizado de forma clandestina são de grande eficiência para o anunciante, pois os consumidores em potencial atribuem maior confiança à mensagem recebida que não suspeitam ser publicitária. Antes do consumo, o pretense consumidor, corriqueiramente, requisita a opinião de alguém desinteressado em quem confia; tal necessidade de verificação poderá ser atendida por uma falsa matéria jornalística que parece induzir tal confiança.

Logo, tratando-se de publicidade oculta, o problema não se encontra no conteúdo que está sendo veiculado como ocorre no caso da publicidade enganosa ou abusiva, mas sim na falta de apresentação e sinalização de que se trata de material publicitário com intenção de obter vantagem econômica.

Assim, é importante analisar o elemento caracterizador da finalidade promocional de um anúncio, qual seja a “remuneração” ou “troca de vantagens” entre o anunciante e o influenciador digital, para que seja possível diferenciar o conteúdo publicitário de uma livre manifestação de pensamento, conforme explica Lucia Dias (2013, p. 220):

A remuneração, embora elemento caracterizador da finalidade promocional da publicidade oculta não pode ser, todavia, o seu único critério constitutivo. É possível vislumbrar situações nas quais o fornecedor não desembolsa qualquer pagamento direto ao meio de difusão, mas a menção ao produto é resultado de uma troca de vantagens (“scambiodivantaggi”) entre o anunciante e o veículo. Assim, dentro do conceito de “remuneração” ou “acordo publicitário” estabelecido entre o anunciante e o veículo para demonstração da finalidade promocional se deve assumir tanto o pagamento direto quanto a forma indireta, neste último caso o que os italianos denominam de “scambiodivantaggi”.

Dessa maneira, quando houver remuneração ou troca de vantagens para que produto ou serviço seja anunciado e não houver sinalização clara de que se trata de material publicitário,

estaremos diante de uma modalidade de publicidade ilícita que deve ser coibida a fim de proteger o consumidor.

4. PRINCÍPIOS REGENTES DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA

A publicidade, enquanto atividade econômica capaz de influenciar o comportamento do consumidor, deve respeitar os princípios norteadores que auxiliam no controle ético de seu desenvolvimento. Para tanto, o Código de Defesa do Consumidor, nos arts. 30, 35, 36 e 37, estabeleceu princípios jurídicos específicos para a publicidade, a fim de assegurar a veracidade, confiança, lealdade e transparência nas relações entre fornecedor e consumidor.

Assim, deve-se observar o comprometimento ético daqueles que desenvolvem algum tipo de atividade ligada à veiculação de conteúdo publicitário, inquirindo quais seriam as possíveis responsabilidades resultantes do não cumprimento desses preceitos, já que se trata de atividade tida como essencial. (MASSO, 2009, p. 139)

4.1 Identificação da mensagem publicitária

O princípio da identificação está estabelecido no art. 36 do CDC, em que o legislador determinou que a identificação de que se trata de uma mensagem de caráter publicitário deve ocorrer desde logo e sem esforço por parte do receptor. O consumidor deve estar consciente de que é o destinatário daquela mensagem de cunho comercial para que possa se defender.

A identificação deve ocorrer de forma imediata para que o consumidor possa se prevenir e entender que está diante de argumentos persuasivos, especificamente pensados para influenciar no seu poder de compra.

Ademais, elucida Dias (2013, p. 65) que o princípio da identificação “decorre do próprio dever de transparência e lealdade nas relações de consumo, já que o ocultamento do caráter publicitário pode induzir o consumidor em erro”. Assim, este princípio também serve para coibir a publicidade considerada subliminar que, conforme já estudado, se trata de prática ilícita.

Há, inclusive, concordância no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que preceitua, em seu art. 28, que “o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for sua forma ou meio de divulgação”.

4.2 Vinculação contratual da publicidade

A publicidade que contém alguma oferta em seu conteúdo sobre bens e serviços oferecidos vinculará o fornecedor, tornando obrigatório seu cumprimento em todos os termos anunciados. Assim dispõe o art. 30 do CDC: “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” (BRASIL, 1990).

Dessa forma, toda oferta publicitária que for suficientemente precisa e for exposta ao público por qualquer meio de comunicação terá força vinculante e o anunciante estará obrigado a cumpri-la. Em consonância com o que explica Lucia Dias (2013, p. 74):

Contudo, se a publicidade apresentar em seu conteúdo “informações suficientemente precisas” sobre os bens e serviços oferecidos, ela, então, será equiparada à oferta e passará a ser vinculante ao fornecedor, obrigando-o a cumprir seus termos e integrando o futuro contrato. Nesta hipótese, a oferta publicitária reveste-se de natureza de declaração unilateral de vontade, sendo, portanto, fonte de obrigações.

Ou seja, é possível concluir que mesmo a fase pré-contratual será considerada uma fonte de obrigação, já que o anunciante deve suprir as expectativas que gerou no consumidor, seguindo os preceitos da boa-fé, confiança e lealdade.

Ainda, o artigo 35 do CDC dispõe que o consumidor poderá exigir do fornecedor o cumprimento forçado da obrigação nos termos da oferta, apresentação ou publicidade, sendo que em hipótese de impossibilidade de cumprimento da oferta, está deverá ter surgido posteriormente à veiculação, caso contrário configurará publicidade enganosa, já que o fornecedor estaria anunciando informação falsa, algo que não existe.

Por fim, em caso de erro no anúncio, à luz da boa-fé contratual, se o erro for grosseiro, ou seja, facilmente identificável pelo consumidor, poderá ser afastado o princípio da veiculação contratual, já que não teria sido capaz de gerar real expectativa do consumidor. Caso contrário, o anunciante estará obrigado a cumprir com a oferta, considerando que o consumidor não seria capaz de facilmente perceber o erro. Isto se dá pelo fato de incumbir ao anunciante responder por eventual falha como risco da atividade, não podendo transferir o ônus ao consumidor.

4.3 Veracidade e transparência

O dever de veracidade e transparência na veiculação de conteúdo publicitário está garantido em diversos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, como nos arts. 6, 30, 31 e 37, de forma a assegurar que o consumidor tenha total acesso a informações corretas, claras e precisas para exercer seu direito de escolha sem nenhum tipo de vício.

Dessa forma, é garantido ao consumidor acesso ao básico de informações, de dados técnicos, científicos e fáticos do produto ou serviço anunciado, com o intuito de possibilitar ao consumidor as melhores condições para sua tomada de decisão.

Nesse sentido, vale ressaltar que os chamados “exageros publicitários”, empregando recursos como fantasia ou apelos emocionais, são exceções, já que a técnica visa empregar situações exageradas e claramente fictícias para atrair a atenção do consumidor, de modo que a exorbitância possa ser facilmente identificada. (DIAS, 2013, p. 73)

Ato contínuo, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (BBARP), em seu art. 27, § 1º, dispõe que “no anúncio, todas as descrições, alegações e comparações que se relacionem com fatos ou dados objetivos devem ser comprobatórios, cabendo aos Anunciantes e Agências fornecer as comprovações, quando solicitados”. Logo, as informações anunciadas devem ser verdadeiras e passíveis de comprovação.

Essa questão já foi abordada diversas vezes pelo conselho de ética do CONAR, por exemplo no caso de anúncio de chá diurético em postagens da influenciadora Gabriela Pugliesi, sem menção ao registro do produto junto às autoridades sanitárias, comprovação de resultados apregoados - emagrecimento e eliminação de gorduras - e sem qualquer alusão aos riscos de ingerir diurético. Em sua defesa, Gabriela informou atuar como garota propaganda do chá e que as informações foram recebidas da responsável pelo produto, a Nutri Import, considerando que não fez “prescrição, recomendação ou modo de uso do chá Xpel”. Em seu voto, o relator reportou estudos clínicos sobre o uso do chá verde no combate à obesidade em ratos, dando conta que, juntamente com a perda de peso, o consumo pode estar associado à desidratação e ao surgimento de lesões no fígado. Ele lembrou também que produtos classificados como alimentos - caso do chá - não podem aludir a propriedades terapêuticas ou medicamentosas. Por isso, recomendou a sustação da campanha e a advertência à Gabriela Pugliesi, por sugerir consumo do produto em desacordo com o estabelecido pela legislação⁴.

⁴ CONAR. Representação nº 226/16. Relator Conselheiro Júlio Abramczyk, julgamento em nov. 2016. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 21 nov. 2020.

Dessa forma, o princípio da veracidade e transparência na publicidade atua como grande inibidor no que diz respeito à veiculação de publicidade enganosa, contendo informações inteiras ou parcialmente falsas ou mesmo por omissão dessas, capazes de induzir o consumidor a erro, conforme abordado no capítulo anterior. As informações veiculadas sobre o produto ou serviço devem ser claras, completas e verdadeiras no que diz respeito à natureza, qualidade, quantidade, características, preço, origem, entre outros.

5. DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO RISCO DA ATIVIDADE

Para adentrar na temática da responsabilidade civil na publicidade, é necessário partir de sua caracterização. Conforme determina o art. 927 do Código Civil, “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, ou seja, é garantido o direito de reparação àquele que sofrer lesões à sua pessoa ou ao seu patrimônio, surgindo a obrigação de indenizar ou restituir o prejuízo causado (DINIZ, 2015, p. 19).

Assim, para que haja a configuração da responsabilidade civil, é preciso que sejam preenchidos os três elementos essenciais: a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

Em relação à conduta, temos que é “o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos lesados” (DINIZ, 2015, p. 56). Logo, tratando-se de publicidade, o consumidor poderá sofrer danos tanto por condutas comissivas quanto pela omissão, como seria o caso da falta de sinalização de que o anúncio possui intuito publicitário.

Quanto ao dano, o art. 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor preceitua que o consumidor tem direito à “reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. Quando a lesão atingir os interesses patrimoniais do consumidor, configurará dano material, e quando atingir interesses não patrimoniais, configurará dano moral.

É garantida, ainda, a defesa coletiva dos consumidores, já que a coibição da publicidade ilícita tem por objetivo proteger os consumidores como um todo e não apenas singularmente o consumidor que de fato sofrer algum prejuízo, tratando-se, portanto, de direito difuso.

Ato contínuo, o nexo de causalidade é a conexão entre a ação/omissão e o dano causado. Uma vez estabelecido, é possível concluir quem é o responsável pelo prejuízo e, portanto, quem terá a obrigação de indenizar ou restituir a vítima.

Estabelecidos esses conceitos, torna-se necessário entender sua aplicação na cadeia de veiculação da publicidade, incluindo o fornecedor/anunciante, as agências publicitárias, os veículos de comunicação e, pelo tema abordado no presente trabalho, os influenciadores digitais.

O Código de Defesa do Consumidor, no texto dos arts. 6, VI, 12, 13 e 14 estabeleceu como regra a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos prejuízos provenientes dos defeitos de seus produtos com base na teoria do risco do empreendimento, sendo que para a sua

configuração é necessária apenas a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta (ação/omissão) e o dano.

Sobre a teoria do risco, explica Sérgio Cavalieri Filho (2006, p. 497):

todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece ao mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.

Assim, ao adotar a responsabilidade civil objetiva, o CDC tencionou pela proteção do consumidor, levando em consideração sua vulnerabilidade, sendo que a única exceção prevista é em relação à responsabilidade civil dos profissionais liberais, que necessita da verificação do elemento “culpa” para a sua configuração, conforme o art. 14, § 4º do CDC (DIAS, 2013, p. 299).

Além disso, o CDC também estabeleceu a solidariedade entre todos os envolvidos na cadeia de fornecimento. O parágrafo único do art. 7 definiu que “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”, sendo, ainda, confirmado pelo §1º do art. 25, onde “havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores” (BRASIL, 1990).

Logo, os envolvidos na cadeia de consumo podem ser responsabilizados objetivamente por eventuais danos que o consumidor possa a vir sofrer. Dessa forma, explicam Flávio Tartuce e Daniel Neves Assumpção (2018, p. 204):

Deve ficar bem claro que, como a responsabilidade objetiva consumerista é especificada em lei, não se debate a existência ou não de uma atividade de risco, nos termos da segunda parte do comando, que consagra a chamada cláusula geral de responsabilidade objetiva. Na verdade, o CDC adotou expressamente a ideia da teoria do risco-proveito, aquele que gera a

responsabilidade sem culpa justamente por trazer benefícios, ganhos ou vantagens. Em outras palavras, aquele que expõe aos riscos outras pessoas, determinadas ou não, por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento. Uma dessas decorrências é justamente a responsabilidade objetiva e solidária dos agentes envolvidos com a prestação ou fornecimento.

Em relação à cadeia de veiculação publicitária e à natureza da atividade, Leonardo Roscoe Bessa (2007, p. 32) traz a seguinte análise:

Há situações fáticas, inerentes ao mercado, nas quais a superioridade de uma das partes não decorre necessariamente do fato de ser pessoa jurídica, possuir maior conhecimento técnico ou poder econômico, e sim do exercício em si de determinada atividade, como a realização de publicidades, tratamento de dados pessoais, concessão de mútuo feneratício. Nestes casos, é, antes de tudo, a natureza da atividade, e não as características do sujeito, que é determinante para compreender a fragilidade.

Ademais, em relação às pessoas envolvidas na cadeia de veiculação publicitária, o CBARP atribuiu responsabilidade a todos os implicados no processo de criação, conforme determina em seu art. 3: “todo anúncio deve ter presente a responsabilidade do Anunciante, da Agência de Publicidade e do Veículo de Divulgação junto ao Consumidor”, bem como dispôs, em seu art. 15º, que os padrões éticos de conduta estabelecidos no código devem ser respeitado por todos os envolvidos, “sejam Anunciantes, Agências de Publicidade, Veículos de Divulgação, sejam Publicitários, Jornalistas e outros Profissionais de Comunicação participantes do processo publicitário”.

5.1 Responsabilidade civil do anunciante

Conforme já analisado, não restam dúvidas que o anunciante será responsabilizado objetivamente pela publicidade enganosa e abusiva, bem como pelo descumprimento do princípio da veiculação publicitária.

Quando o anunciante de um produto ou serviço se valer do uso de publicidade enganosa, abusiva ou subliminar, o consumidor que sofrer algum tipo de dano poderá requerer sua indenização.

Porém, vale ressaltar que a obrigação de indenizar do anunciante não é automática, para tanto será necessário comprovar os requisitos da responsabilidade objetiva. Ou seja, é necessário verificar efetivo potencial enganoso ou abusivo da mensagem publicitária, além de constatar a relação de causalidade entre a publicidade em questão e o dano. (DIAS, 2013, p. 299)

Ainda, conforme determina a lei consumerista, caberá ao anunciante o ônus de provar a veracidade das informações veiculadas ou que os danos alegados não se deram em decorrência de sua conduta.

Logo, resta analisar se a responsabilidade se aplica somente ao anunciante, já que este é o responsável pelo produto ou serviço, além de ser o encarregado por solicitar e aprovar a mensagem publicitária.

5.2 Responsabilidade e solidariedade da agência publicitária

A agência publicitária presta serviços ao anunciante e, na dinâmica da criação publicitária, é a responsável por criar e produzir a campanha após receber do anunciante informações e instruções sobre o produto ou serviço, utilizando-se de estratégias do meio para alcançar melhores resultados perante o consumidor.

Acerca de sua responsabilidade perante a criação de publicidade ilícita, há distintas posições doutrinárias. Uma parte da doutrina entende que a agência publicitária não poderia ser responsabilizada por eventual publicidade abusiva ou enganosa, já que o anunciante, ao aprovar o resultado final da peça publicitária, se tornaria o único responsável.

Tal entendimento tem como base o artigo 38 do CDC, que determinou que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. Logo, a agência estaria apenas prestando um serviço ao patrocinador da publicidade, qual seja o anunciante. (DIAS, 2013, p. 318)

Assim defende Fabio Ulhoa Coelho (1994, p. 291):

a agência de propaganda não tem responsabilidade civil ou administrativa pela concepção, produção ou intermediação na veiculação de publicidade abusiva ou enganosa pertinente a fornecimento alheio. As repercussões, em nível civil e administrativo, envolvem unicamente o empresário anunciante. Ele é quem define os objetivos e alguns dos contornos básicos da publicidade, ao elaborar

o *briefing*, e, em última instância, aprova a proposta de campanha e os filmes, anúncios e peças publicitárias correspondentes. Nada é feito pela agência de propaganda sem o conhecimento, a orientação e a aprovação do anunciante, que por tudo assume integral responsabilidade.

Dessa forma, a agência só poderia ser responsabilizada por ação de regresso caso o anunciante conseguisse comprovar que o caráter abusivo ou enganoso da publicidade se deu por culpa da agência ao deixar de seguir as orientações e informações por ele estabelecidas.

Há também a corrente que defende a responsabilidade objetiva e solidária da agência de publicidade, com base no art. 7 e no §1º do art. 25 do CDC. Considerando a participação ativa e direta da agência de publicidade no processo de criação, ela seria responsável objetivamente e solidariamente pelos anúncios ilícitos.

Isto porque caberia à agência ter o máximo de cuidado no momento de criação e elaboração dos anúncios, de modo a garantir o cumprimento dos princípios regentes da publicidade. Antônio Herman Benjamin (2005, p. 314) inclusive traz a reflexão de que a maioria dos casos contendo abusividade surgem, na verdade, na própria agência.

Lucia Dias (2013) defende a necessidade de verificar a situação de cada agente envolvido na elaboração e divulgação da publicidade para então avaliar suas diferentes responsabilidades, sendo que em relação às agências de publicidade, seu papel ativo no processo de criação da mensagem publicitária seria inegável:

Com relação às agências de publicidade, não podemos olvidar que elas participam ativamente do processo de criação e execução da mensagem publicitária. Para elaboração da campanha, aprofundam-se nas especificidades do produto e de seu público-alvo, de modo a dar maior efetividade aos resultados mercadológicos esperados. Como define a Associação Brasileira de Agências de Propaganda a agência é “especializada na arte e técnica publicitária, e, através de especialistas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda a veículos de divulgação com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços”. Afirmam ainda os publicitários que a maior função da agência é a criação da propaganda, a geração de ideias para serem transformadas em *slogans*, temas publicitários, anúncios para jornais e revistas, comerciais de rádio, televisão e cinema, cartazes e outras mensagens publicitárias. (p. 320)

Assim, por seu envolvimento direto no processo de criação, estudando o produto ou serviço e estabelecendo as estratégias de mercado, a agência publicitária pode ser considerada como “coatora”, podendo ser responsabilizada objetiva e solidariamente pelos eventuais danos que a publicidade ilícita venha a causar.

5.3 Responsabilidade civil dos veículos de comunicação

Os veículos de comunicação são os responsáveis por disseminar a mensagem publicitária, logo, diferentemente do anunciante e da agência, não participam do processo de criação e não possuem o poder de interferir no conteúdo da mensagem que será veiculada.

Nesse sentido, é importante levar em consideração a grande quantidade de anúncios que é exibida diariamente por esses veículos, tornando quase impossível que se estabeleça um sistema de controle prévio do que será ou não transmitido.

Além disso, para inibir publicidades ilícitas, não bastaria apenas uma análise do anúncio em si, mas também seria preciso fazer uma verificação de sua veracidade, sendo que, cumpre advertir, na possibilidade de um controle do que será veiculado, configurar-se censura prévia de determinados anúncios (DIAS, 2013).

Tal controle prévio se mostra ainda mais inviável quando analisado sob a dinâmica das redes sociais, onde milhões de publicações são realizadas por dia. O *Instagram*, por exemplo, disponibilizou a ferramenta “Parceria paga com”, em que os influenciadores digitais podem rapidamente marcar o anunciante que contratou a mensagem publicitária veiculada, porém muitos deixam de utilizá-la, alegando que o uso da ferramenta diminui o alcance da publicação.

Por conta dessa dinâmica, não caberia a responsabilização objetiva e solidária dos veículos de comunicação. Assim, haveria responsabilização somente em caso de comprovado dolo ou culpa grave na disseminação de conteúdo publicitário claramente ilícito, nos termos do art. 186 do CC.

Esse é o entendimento jurisprudencial, vejamos:

RECURSO ESPECIAL - PREQUESTIONAMENTO - INOCORRÊNCIA - SÚMULA 282/STF - FALTA DE COMBATE AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDAO - APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 182 - PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSUMIDOR - VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO - EVENTUAL PROPAGANDA OU ANÚNCIO ENGANOSO OU ABUSIVO - AUSÊNCIA

DE RESPONSABILIDADE- CDC, ART. 38 –FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. I - Falta prequestionamento quando o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão recorrido. II - É inviável o recurso especial que não ataca os fundamentos do acórdão recorrido. Inteligência da Súmula 182. III - As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram (CDC, Arts. 3º e 38). IV - O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante - não às empresas de comunicação (Art. 3º, CDC). V - Fundamentação apoiada em dispositivo ou princípio constitucional é imune a recurso especial. (STJ. Recurso Especial 604.172/SP (2003/0198665-8). Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, j. 27.03.2007)⁵

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PUBLICIDADE FALSA. ANÚNCIO DIVULGADO POR ESTELIONATÁRIOS EM RÁDIO LOCAL. Pretensão da autora à indenização por danos morais e materiais em face do veículo de comunicação. Se tivesse sido diligente o veículo de comunicação, de modo a confirmar a identidade do anunciante, teria a ré observado divergências entre os dados apontados pelo estelionatário e os dados efetivos da empresa supostamente anunciante. Daí se vê que a ré foi negligente, agiu, portanto, com culpa. Nestas condições, responde pelos danos causados à autora, que confiou na publicidade divulgada. O anúncio foi causa direta e imediata do dano experimentado pela autora. Foi a partir do anúncio que tomou a autora a decisão de contratar o financiamento fraudulento. Se não existisse o anúncio falso, não teria a autora tido contato com o estelionatário. Houve, portanto, nexos causal entre a divulgação do anúncio, sem qualquer cautela, e o prejuízo material sofrido. Confirmada a negligência da Rádio Difusora de Franca, deve ela responder, solidariamente, pelos danos, juntamente ao corréu Eduardo Lúcio Gonçalves Silva, este último também coautor do dano. Recurso do corréu não provido. Recurso da autora parcialmente provido para condenar os réus, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.” (TJSP; Apelação Cível 0034167-96.2007.8.26.0196; Relator (a): Carlos Alberto Garbi; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado;

⁵Disponível em: <https://stj.jus.br>. Acesso em: 27.09.2020

Foro de Franca - 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 15/04/2014; Data de Registro: 23/04/2014)⁶

DIREITO DO CONSUMIDOR. PROPAGANDA. PUBLICIDADE ENGANOSA POR INTERMÉDIO DE TELEVISÃO. MEIO DE COMUNICAÇÃO. RESPONSABILIDADE. INOCORRÊNCIA. Conquanto o Código de Defesa do Consumidor trate, de regra, de responsabilidade objetiva de fornecedores de bens e serviços, traz, em diversas situações, hipóteses de responsabilidade subjetiva. Situação fática em que determinada empresa induz consumidor a adquirir determinado produto, veiculando a oferta por meio de canal de televisão e, depois, deixa de entregar o produto na forma convencionada. Alegação de que a empresa de comunicação teria prévia ciência da fraude não comprovada. Responsabilidade subjetiva que impõe a demonstração inequívoca de dolo ou culpa. Inocorrência. As empresas de comunicação não têm responsabilidade objetiva quanto ao conteúdo de publicidade veiculada por fornecedor. Provimento do recurso. (TJRJ; Apelação Cível: 2008.001.44105; Relator (a): Des. Arthur Eduardo Ferreira; Órgão Julgador: 13ª Câmara Cível; Data de Julgamento: 17/09/2008)⁷

Nesse sentido, Lucia Dias (2013) argumenta que não se pode atribuir responsabilidade aos veículos de comunicação, sob pena de que não haja mais publicidade nesses veículos, já que o ônus de avaliar o conteúdo de cada mensagem seria incompatível com a sua atividade e inexecutável. Dessa forma, a autora defende a possibilidade de atribuição de responsabilidade a título de dolo e culpa grave em situações de “manifesta enganabilidade (e.g., anunciar produto financeiro de instituição bancária que se sabe falida) ou abusividade (e.g., publicidade que enalteça práticas de tortura)” (2013, p. 322), nos termos do art. 186 do CC.

Ato contínuo, os veículos de comunicação também poderão ser responsabilizados quando forem notificados para sustar a exibição de determinado anúncio ilícito e assim não o fizerem, a responsabilidade será equiparada àquela do anunciante sempre que a veiculação do anúncio contrariar qualquer recomendação oficialmente comunicada pelo CONAR, conforme estabelece o art. 45, alínea “e” do CBARP.

⁶ Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 28.09.2020

⁷ Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 28.09.2020

Por fim, o CBARP recomenda, em seu art. 45, alínea “c”, que os veículos de comunicação adotem como medida preventiva um controle interno na recepção de anúncios, podendo recusar anúncio quando entender que seu conteúdo fere, flagrantemente, princípios do CBARP, independentemente de decisão do CONAR, anúncio que fira a sua linha editorial, jornalística ou de programação, bem como quando não houver identificação do patrocinador ou se tratar de anúncio de polêmica ou denúncia sem expressa autorização de fonte conhecida que responda pela autoria da peça.

5.4 Fundamentos para a responsabilização dos influenciadores digitais

Os influenciadores digitais surgem na cadeia de veiculação publicitária como uma figura complexa e decisiva. Essa tema é recente, sendo que a discussão judicial é ainda inicial e, como já abordado, há controversas posições doutrinárias.

Por meio de contratos e parcerias firmadas com os anunciantes, eles são responsáveis por divulgar produtos e serviços nas plataformas digitais, influenciando seus seguidores com base na relação de confiabilidade preestabelecida.

A figura do influenciador torna-se tão singular, pois, assim como as agências de publicidade, ele possui liberdade de criação, vinculando o produto à sua imagem pela linguagem que utiliza, sendo responsável por adequar a proposta apresentada pela agência/anunciante com a sua identidade visual. Além disso, os influenciadores digitais veiculam o conteúdo em suas próprias redes sociais, possuindo controle sobre o resultado final do anúncio publicitário e do momento em que este será divulgado, gerindo tudo de forma a potencializar o engajamento.

No geral, seu conteúdo baseia-se em envolver o consumidor por meio da sua própria experiência, relatando suas opiniões e vivências, sendo que os produtos são adquiridos em razão da confiança e segurança atrelados à sua imagem. Esse fator somado à liberdade de criação são o que diferenciam sua figura das celebridades “convencionais” que atuam como “garoto propaganda” ou apenas mero “porta voz” do anunciante.

Logo, os influenciadores passam a figurar como garantidores dos produtos e serviços indicados (GUIMARÃES, 2007, p. 161), de forma que “caso as qualidades atribuídas aos produtos e serviços não sejam condizentes com a realidade, o fator de persuasão dos

influenciadores aparece de forma negativa e prejudicial ao consumidor, confrontando, assim, os princípios da boa-fé e da confiança” (EFING *et al.*, 2019, p. 79).

Dessa forma, devem ser aplicadas aos influenciadores digitais todas as orientações contidas no Código de Defesa do Consumidor, incluindo o que diz respeito à responsabilização em caso de danos causados ao consumidor em decorrência de publicidade ilícita, já que é parte direta da cadeia de veiculação publicitária.

Nesse sentido, afirma Guimarães (2007, p. 166):

A celebridade, para responder pelos danos causados em decorrência de sua informação, deve ter um benefício, seja ele qual for. Em regra, esse benefício está no cachê previamente recebido ou no ganho na participação das vendas, porém haverá ainda responsabilidade da personalidade mesmo que a remuneração seja destinada a um órgão que diretamente esteja a ela ligado, como, por exemplo, um antigo comercial da Honda, feito pela filha de Juscelino Kubitschek, cuja remuneração foi destinada à fundação JK, ou quando a personalidade doa o cachê para alguma instituição de caridade.

Ou seja, considerando que atuam de forma profissional, divulgando produto ou serviço, recebendo remuneração por este serviço, por meio das chamadas “parcerias pagas”, devem responder pelos danos causados resultantes da publicidade ilícita que praticou, já que “aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou desvantagens dela resultantes” (GONÇALVES, 2012, p. 54), em respeito aos princípios da confiança e boa-fé necessários nas relações de consumo.

Assim, os influenciadores digitais devem ser responsabilizados, já que ao aceitar determinado trabalho de divulgação passam a estar sujeitos aos riscos da profissão, devendo, então, verificar a qualidade e a veracidade do que está divulgando, sempre o fazendo da forma mais transparente possível, conforme exposto por Barbosa, Brito e Silva (2019, p. 16):

Deste modo, pugna-se pela imputação de responsabilidade do influenciador digital, posto que, não está obrigado a aceitar nenhum trabalho, mas, caso venha a aceitar, deve agir de modo que sejam observados os preceitos ético-jurídicos impostos pela boa-fé objetiva, aceitando os riscos pela publicidade que irá vincular sua imagem, fama ou prestígio.

Logo, em respeito ao princípio da boa-fé objetiva, o influenciador deve realizar todas as diligências necessárias antes de atrelar sua imagem a um produto ou serviço, confirmando as informações que lhe foram prestadas, identificando as postagens que contenham caráter publicitário e nunca transmitindo informação enganosa ou omissa.

No mais, resta analisar se a figura do influenciador digital se enquadraria no conceito de profissional liberal que, conforme abordado anteriormente, responde de forma subjetiva. Ocorre que, assim como as celebridades, os influenciadores digitais não podem ser considerados profissionais liberais, pois são contratados pela sua fama e influência e não por conta de suas qualidades técnicas e intelectuais, como defende Guimarães (2007, p. 196):

As celebridades não poderiam ser conceituadas como profissionais liberais, pois, além de, em regra, não serem contratadas para participar das publicidades por causa de suas qualidades intelectuais ou técnicas – mas sim por qualidades externas, como a beleza, o prestígio, a fama - não são contratadas pelos consumidores *intuitu personae*, isto é, para cuja escolha foram relevantes os elementos confiança e competência, mas sim impostas a esses pelos anunciantes.

Além disso, o influenciador digital não presta serviço diretamente para o consumidor, como ocorre com os profissionais liberais, muito pelo contrário: o influenciador é contratado diretamente pelo anunciante, não se valendo, portanto, da aplicação da responsabilidade civil subjetiva que o código assegura para esses profissionais.

Ainda, vale ressaltar que o art. 46 do CBARP dispõe que “os diretores e qualquer pessoa empregada numa firma, companhia ou instituição que tomem parte no planejamento, criação, execução e veiculação de um anúncio, respondem, perante as normas deste Código, na medida de seus respectivos poderes decisórios”, ou seja, pessoas físicas podem responder perante o CONAR pela criação, execução e veiculação de anúncios ilícitos.

Assim, é possível concluir que em decorrência do poder de influência exercido sobre os seus seguidores, resultante da relação de confiança preestabelecida entre eles, observando seu poder de criação e possibilidade de interferência no processo de produção publicitária, além de se tratar de atividade profissional remunerada, a responsabilidade imputada aos influenciadores digitais deve ser objetiva, tendo em vista a proteção que o CDC buscou garantir ao consumidor, de forma a protegê-lo e garantir o respeito aos princípios da boa-fé objetiva, confiança e transparência que devem preceituar as relações de consumo.

5.5 Da reparação de danos pelos influenciadores digitais

Tendo em vista a possibilidade de imputação da responsabilidade civil objetiva aos influenciadores digitais, é necessário analisar a extensão das medidas sancionatórias aplicáveis a esses indivíduos.

Como se sabe, no que diz respeito à reparação por danos materiais e/ou morais, o arbitramento é estipulado visando restabelecer o equilíbrio jurídico modificado pela conduta que resultou o dano, porém, além de realocar a vítima à situação anterior ao dano, tais medidas sancionatórias possuem dupla finalidade, quais sejam: punir o causador do dano e desestimular a repetição de condutas da mesma espécie.

Considerando que no ambiente virtual milhões de publicações são veiculadas a todo instante, torna-se razoável buscar alternativas para inibir a propagação de publicidades ilícitas, assim, as medidas sancionatórias também serviriam para que os influenciadores digitais buscassem ao máximo respeitar os princípios regentes da publicidade, produzindo conteúdo de qualidade e honesto.

Recentemente, a influenciadora digital Virgínia Fonseca, que possui 12 milhões de seguidores no *Instagram*, foi condenada a restituir uma seguidora que comprou um celular em loja por ela divulgada, mas nunca chegou a receber o aparelho. A sentença proferida nos autos do processo nº 0019543-02.2019.8.19.0007, que tramitou no Juizado Especial Cível de Barra Mansa, ressaltou que a influenciadora responde objetivamente pelo dano causado, já que a autora soube da existência da loja pelas redes sociais da influenciadora e, por se tratar de atividade habitual remunerada praticada pela ré, está devera responder pelos danos decorrentes do empreendimento, arbitrando a restituição no valor de R\$ 2.639,90. (RODAS, 2020)

Nesse sentido, sabendo da influência que exerce sobre milhões de pessoas, o influenciador que se utilizar de informação enganosa mesmo sabendo de possíveis riscos, e decidir por omitir informações ou deixar de realizar as diligências necessárias para verificar a veracidade do que divulga, deverá ser sancionado de forma a desestimular condutas semelhantes.

Por fim, vale ressaltar que apesar do influenciador digital ser passível de responder pela reparação do dano por meio do arbitramento de indenização pecuniária, estes não possuem a obrigação de responder pelo cumprimento forçado da oferta publicitária, tal dever é exclusivo do anunciante/fornecedor conceituado no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. (DIAS, 2013, p. 323)

Dessa forma, o influenciador poderia ingressar com ação de regresso contra o anunciante, caso conseguisse comprovar que sua atuação foi adequada e criteriosa e o caráter abusivo ou enganoso da publicidade se deu por culpa exclusiva do anunciante ao deixar de exercer seu dever legal de cumprir com a oferta publicitária. (DIAS, 2013, p. 324)

Inclusive, a ABRADI recomenda que o influenciador digital seja cuidadoso ao estabelecer parcerias com anunciantes, deixando claro os deveres e direitos envolvidos na relação estabelecida entre eles e formalizando através de contrato escrito, além de preservar toda documentação e negociação que comprove o desempenho cauteloso e diligente de sua atividade ao veicular produto ou serviço, de forma a servir de respaldo em eventual demanda judicial. (ABRADI, 2017)

6. PUBLICIDADE INFANTIL

Conforme abordado anteriormente, a publicidade direcionada ao público infantil que se aproveite da sua ingenuidade ou incapacidade de julgamento é considerada abusiva, já que as crianças não detêm a capacidade de diferenciar o conteúdo comercial de outros entretenimentos, tornando-se mais suscetíveis a anúncios publicitários, assim explica Isabella Henriques (2010, p.76):

Diferentes estudos, pesquisas e pareceres demonstram que, em média, a totalidade das crianças não consegue compreender que o principal objetivo da publicidade, por trás de todos os recursos gráficos, falas sedutoras, personagens animados, ídolos famosos, entre outros, é a persuasão para o consumo do produto ou serviço anunciado. Até por volta dos oito anos de idade, crianças não conseguem sequer distinguir a publicidade do conteúdo de programação televisiva ou de outro entretenimento, como os sites de jogos na internet ou histórias em quadrinho. E, mesmo depois que conseguem fazer tal diferenciação, em média, até completarem 12 anos não compreendem o caráter persuasivo da publicidade e a complexidade das relações de consumo.

Assim, em razão da presunção de sua hipossuficiência e hipervulnerabilidade, a legislação brasileira garantiu proteção à infância e à adolescência, estabelecendo diretrizes a serem seguidas pelo mercado publicitário a fim de assegurar o livre desenvolvimento das crianças, respeitando sua ausência de capacidade de compreender o real e sua dificuldade de assimilar o caráter persuasivo presente nos anúncios.

Além disso, o público infantil é encarado pelo mundo publicitário como uma porta de entrada para o padrão de consumo de toda a família, já que as crianças influenciam diretamente nos hábitos de consumo familiares, bem como na escolha das marcas. Explica Isabella Henriques (2010, p. 74):

Ter a criança como foco da publicidade é conveniente para o mercado empresarial e publicitário, pois tem caráter tríplice: atinge fácil e diretamente as crianças; indiretamente seus pais, suas famílias, seus responsáveis e cuidadores; bem como os futuros adultos que virão a ser.

O fato de as crianças influenciarem nas escolhas de consumo de toda a família contribui para que o mercado se utilize de estratégias direcionadas ao público infantil, inclusive de produtos ou serviços de utilidade exclusiva para adultos. (HENRIQUES, 2010)

Esse cenário torna imprescindível que haja um controle das ferramentas voltadas para esse público, levando em conta os aspectos negativos envolvendo estratégias mercadológicas voltadas ao público infantil e considerando o tempo demasiado que as crianças passam consumindo conteúdo em redes sociais, principalmente em plataformas como o *YouTube*.

Ainda, vale ressaltar que além das normas consumeristas, a publicidade direcionada ao público infantil deve respeitar as normas específicas existentes no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que em seu art. 37 veda a utilização de apelo imperativo de consumo diretamente à criança, sendo que os anúncios deverão “respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo”.

Nesse sentido, a Resolução 163 do Conanda estabeleceu mudanças importantes, restringindo a utilização de recursos como efeitos especiais e excesso de cores, trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança, pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil, entre outros. Porém, ainda mais relevante, teve como efeito prático a mudança do público alvo, buscando redirecionar a mensagem ao público adulto responsável pelas crianças, tentando, dessa forma, deixar claras as vantagens do produto de forma a convencê-los a comprar para os seus filhos (CRIANÇA E CONSUMO, 2014)

No entanto, no universo das mídias sociais, para que essas medidas que visam a proteção da criança e do adolescente surtam efeito, é necessária a participação dos pais, responsáveis ou cuidadores no monitoramento do conteúdo consumido pelas crianças, buscando se atentar à classificação indicativa e o que é adequado para cada idade.

6.1 A questão dos influenciadores digitais mirins

Dentro do cenário abordado, é importante analisar a utilização de crianças, os chamados “influenciadores digitais mirins”, para o convencimento de outras crianças por meio do compartilhamento de publicidade em suas mídias sociais.

Essas crianças ou adolescentes possuem milhões de seguidores em suas redes sociais e inscritos em seus canais no *YouTube*, produzindo conteúdo direcionado ao público infantil, mostrando seu cotidiano com brinquedos, material escolar, jogos de vídeo game, novelas, desafios e outros assuntos ligados ao universo infantil.

A principal publicidade ilícita propagada por essas figuras é a prática conhecida como *unboxing*: nesses vídeos, as crianças mostram os inúmeros produtos que receberam diretamente das marcas e como eles funcionam, em especial brinquedos, chegando a utilizá-los em vídeos, demonstrando como as brincadeiras são divertidas, manifestando felicidade e satisfação, de forma a despertar o imaginário de quem assiste.

Ocorre que essa estratégia configura uma remuneração indireta, violando claramente o princípio da identificação publicitária, já que a intenção comercial é transmitida de forma velada, principalmente se considerarmos a hipervulnerabilidade do público infantil, fomentando ainda mais hábitos de consumo desenfreados.

A prática de mostrar aos seguidores os produtos recebidos pelas marcas sem deixar clara a intenção publicitária já é nociva e de difícil identificação para o público adulto, para as crianças, então, é ainda pior, considerando a extrema confiança e credibilidade que elas depositam nos influenciadores que acompanham, tratando-os como verdadeiras celebridades.

Além do já exposto, o mercado se utiliza dessas estratégias para criar novos hábitos de consumo, levando em conta que o público infantil ainda está em fase de formação de seus ideais e costumes. Schor (2009, p. 77) expõe que o mercado utiliza “crianças para vender para crianças, vendendo mais do que produtos, mas um estilo de vida pautado no consumismo desenfreado, que se encaixa perfeitamente no conceito de ‘ter’ é mais importante do que ‘ser’”.

Apesar dos influenciadores digitais mirins alegarem que a demonstração dos produtos é feita de forma despretensiosa, apenas uma demonstração das atividades de seu cotidiano, é inegável que resulta em um estímulo ao consumo para um público alvo carente de discernimento. E mais: as empresas se beneficiam da popularização dessa tipo de dinâmica para alavancar a venda de seus produtos.

7. CONAR: PUBLICIDADE ILÍCITA ENVOLVENDO INFLUENCIADORES DIGITAIS

Conforme já abordado, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária é o órgão responsável por exercer o controle privado no que diz respeito à veiculação de conteúdo publicitário.

Apesar de não possuir força de lei, as decisões tomadas pelo Conselho de Ética são respeitadas pelos profissionais da área, posto que as denúncias podem ser feitas por qualquer consumidor que se sentir lesado, bem como por autoridades, associados ou pela própria diretoria da organização não-governamental.

Dessa forma, o Conselho de Ética poderá decidir pela alteração ou sustação da veiculação de conteúdo publicitário que desrespeite as normas e diretrizes do CBARP e o anunciante, o veículo de comunicação, a agência, a celebridade, o influenciador digital ou qualquer outro agente envolvido na cadeia de criação/veiculação poderá sofrer advertência ou, em casos mais sérios, divulgação pública da reprovação do Conar.

A utilização das redes sociais como canal de veiculação de conteúdo comercial é um fenômeno recente que vem crescendo a cada dia, sendo que a rentabilidade da atividade provocou a profissionalização dos indivíduos que compartilham conteúdo publicitário em suas contas pessoais. Assim, nos últimos anos, o Conar passou a receber inúmeras denúncias envolvendo a figura do influenciador digital, estabelecendo uma série de orientações para que as normas do CBARP e a legislação brasileira sejam respeitadas, garantindo que a publicidade seja feita de maneira ética e honesta.

7.1. Identificação Publicitária

O influenciador digital tem a obrigação de deixar evidente quando houver relação comercial com o anunciante, de forma que o consumidor imediatamente identifique a publicidade como tal, porém a maior parcela de denúncias que chegam ao Conselho de Ética envolve a falta de identificação publicitária.

A identificação pode ser feita por meio da utilização das *hashtags* “publicidade”, “publi”, “publipost” ou utilizando as ferramentas da própria rede social, como o “Parceria paga com”, disponibilizado pelo *Instagram*.

Apesar de parecer simples, na prática, muitos deixam de identificar que se trata de publicação patrocinada, já que a indicação se torna mais eficaz quando o consumidor não sabe estar diante de conteúdo comercial e acredita tratar-se da opinião pessoal do influenciador.

A necessidade de menção do caráter publicitário já é matéria superada pelo Conar:

Consumidor santista considerou que não fica ostensiva a natureza publicitária de postagem em rede social, como pedido pelo Código. Em sua defesa, **a blogueira Rachel Apollonio informou considerar desnecessária a menção de que se tratava de publicidade, mas alterou o anúncio, fazendo dele constar a menção "#publi"**. Já a Alpargatas argumentou que a postagem não estava sob sua gestão, mas endossou a iniciativa da blogueira. **O autor do voto vencedor recomendou a sustação. Para ele, os contornos da identificação de um anúncio em redes sociais é matéria superada no Conar.** Seu voto foi acompanhado por maioria. (grifos meus)⁸

Consumidora carioca queixou-se no Conar contra postagens em rede social que, no entendimento dela, disfarçam a sua natureza publicitária, fazendo-se passar por opinião da blogueira Lu Tranchesi. De acordo com a Seção 6 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, todo anúncio deve ser claramente percebido como tal pelo consumidor, seja qual for a sua forma e veículo de comunicação. **A blogueira enviou defesa ao Conar, considerando ser óbvio para os consumidores o fato de suas postagens terem caráter publicitário, inclusive pela menção às marcas.** Informou ter, tão logo cientificada da abertura do processo pelo Conar, adicionado tag menção às postagens. As empresas anunciantes também se manifestaram no processo, com argumentos semelhantes aos da blogueira. **A autora do voto vencedor propôs a alteração dos posts, discordando dos termos da defesa. Para ela, o caráter publicitário não restou patente.** Seu voto foi aprovado por maioria. (grifos meus)⁹

Postagem em redes sociais motivou esta representação, proposta pela direção do Conar, que considerou que não há suficiente caracterização de que se trata

⁸ CONAR. Representação nº 105/17. Relator Conselheiro André Porto Alegre, julgamento em jul. 2017. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

⁹ CONAR. Representação nº 099/17. Relatora Conselheira Vanessa Vilar, julgamento em out. 2017. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

de publicidade, podendo levar os consumidores à confusão. **Em sua defesa, a influenciadora informa haver acordo comercial entre ela e a P&G e considera ser evidente o caráter publicitário da postagem. Este argumento também baseou a defesa enviada ao Conar pela empresa. Mesmo assim, relata ter pedido à influenciadora que acrescentasse indicação de que se tratava de publicidade. Por maioria de votos, o Conselho de Ética deliberou pela recomendação de alteração do anúncio que motivou esta representação, seguindo proposta do autor do voto vencedor.** (grifos meus) ¹⁰

Nas três representações acima, as recomendações do CONAR deixam explícito que mesmo que o anunciante ou o influenciador digital considere estar claro tratar-se de publicidade, em decorrência do conteúdo do anúncio, linguagem utilizada ou menção à marca, ainda assim é necessário que haja a sinalização com a utilização dos termos “publi” ou “publicidade”, de forma que o consumidor imediatamente seja capaz de reconhecer o caráter comercial e não confunda a postagem com a opinião pessoal do influenciador.

Ato contínuo, o influenciador deve seguir o parâmetro estabelecido pelo CONAR, utilizando o termo “publicidade” em local de rápida compreensão pelo espectador, evitando a utilização de termos análogos como “*ad*”, “*advertisement*” ou “parceria”, já que a informação incompleta ou ambígua também configura publicidade ilícita.

Vale ressaltar que conforme mencionado anteriormente, para critério de avaliação da proteção garantida ao consumidor, é preciso considerar o público alvo do anúncio, utilizando o parâmetro do “homem médio”, aquele dotado de um mínimo de atenção e capacidade de julgamento, de mediana esperteza.

Ocorre que a utilização de termos análogos, principalmente a *hashtag* “*ad*” é extremamente controversa, por se tratar de uma abreviação da palavra *advertising*, que em inglês significa “publicidade”, ou seja, espera-se que o consumidor não apenas seja fluente em inglês mas também seja capaz de entender uma abreviação. Não é possível esperar tal conhecimento da maioria dos indivíduos que utilizam as redes sociais e podem ter acesso à publicação, e o CDC garante proteção à coletividade dos consumidores, não apenas a uma parcela dos indivíduos.

¹⁰ CONAR. Representação nº 005/20. Relator Conselheiro Paulo Chueiri, julgamento em maio 2020. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

No caso a seguir, houve denúncia realizada por consumidora alegando não estar suficientemente clara a identificação publicitária, sendo que a influenciadora Tata Estaniecki alegou em sua defesa ter utilizado o termo “parceria” para identificar a relação comercial. Porém, o relator estabeleceu em seu voto que a “parceria como descrita pela influenciadora não a dispensa de mencionar que a postagem se trata de ação publicitária”, devendo claramente definir como publicidade ou então utilizar a identificação da própria rede social (“parceria paga com”):

Postagem de influenciadora em redes sociais divulga serviço de locação de veículos pela Unidas. Para consumidor que enviou denúncia ao Conar, o anúncio não é claramente caracterizado como tal, descumprindo recomendação do Código. A anunciante enviou defesa ao Conar, na qual reconhece a falha e promete corrigi-la. Já a influenciadora informou ter usado a expressão "#parceiros" por não ter sido remunerada pela postagem. Encerra pedindo orientação ao Conar sobre qual deva ser a sua postura neste e em casos futuros. **O relator esclareceu em seu voto que a parceria como descrita pela influenciadora não a dispensa de mencionar que a postagem se trata de ação publicitária, uma vez que ela e a anunciante auferiram vantagens e toda a formatação da postagem remete à linguagem publicitária, sem contar que a rede social utilizada permite o uso da expressão "parceria paga com..."**. O relator propôs a alteração, sendo acompanhado por unanimidade. (grifos meus)¹¹

Outro ponto importante abordado pelo relator é que mesmo que a influenciadora não tenha sido remunerada monetariamente, a ação configura publicidade, pois houve troca de vantagens e a formatação da postagem remetia à linguagem publicitária.

Assim, se o influenciador receber qualquer vantagem econômica, seja em forma de produtos, serviços, desconto parcial, viagens, entre outros, deverá sinalizar que se trata de conteúdo publicitário, conforme determinado nas decisões do Conar. Vejamos exemplos:

Para consumidora belo-horizontina, postagem em redes sociais disfarça a sua natureza publicitária, promovendo agência de viagens para estudantes. **STB Student Travel Bureau e Isabela Matte negaram que o caso em tela**

¹¹ CONAR. Representação nº 034/20. Relator Conselheiro Augusto Fortuna, julgamento em abr. 2020. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

se trata de publicidade, ainda que admitam que houve concessão de um curso no exterior, por conta da penetração da blogueira. Esta alterou as postagens depois de cientificada pelo Conar do processo ético. O relator considerou haver relação comercial entre as partes e que esta não estava clara no anúncio original. Recomendou a alteração, sendo acompanhado por unanimidade. (grifos meus)¹²

Consumidora de São Gonçalo considerou inadequada a apresentação de anúncio em redes sociais, não explicitando a sua natureza publicitária, podendo levar ao entendimento que se trata de opinião pessoal do autor do perfil. **A defesa enviada pelas partes explicou que a viagem anunciada nas postagens foi um presente da agência de viagens, sem que fosse demandada divulgação, esta sendo apenas retribuição pela gentileza.**A relatora notou em seu voto que a blogueira dá mostras de conhecer as regras que regem a publicidade em redes sociais. "A pergunta é: por que ignorou as regras com a Mix Viagens?", questiona-se ela. Sejam quais forem estas motivações, a relatora concluiu ficar evidente o interesse comercial em divulgar o pacote turístico, utilizando o blog. **Por isso, votou pela alteração, de forma a identificar as postagens como publicidade, e pela advertência às partes.** Seu voto foi aceito por unanimidade. (grifos meus)¹³

Consumidoras de Itabuna (BA), Porto Trombetas (PA), São Paulo e São José dos Campos (SP) reclamaram ao Conar contra postagem em redes sociais de blogueira promovendo chá, com promessas de benefícios físicos sem a devida comprovação, Também consideraram que o proposito publicitário das postagens não ficou evidente, como recomendado pelo Código. **Em defesa, a blogueira e a anunciante alegaram tratar-se de mídia espontânea, sendo a blogueira remunerada com "presentes".** Em não sendo publicidade, alegou a Desinchá, não haveria necessidade de comprovar os benefícios prometidos. **A relatora não aceitou estes e outros argumentos da defesa, lembrando que na jurisprudência do Conar a inexistência de negociação comercial formal entre as partes não as dispensa de seguir as recomendações da ética publicitária.** Considerou também que as promessas

¹² CONAR. Representação nº 204/18. Relator Conselheiro Herbert Zeizer, julgamento em out. 2018. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

¹³ CONAR. Representação nº 267/17. Relatora Conselheira Marlene Bregman, julgamento em fev. 2018. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

da postagens não só demandam comprovação científica como não podem ser feitas por pessoa leiga, em conformidade com o Anexo G do Código. Por isso, recomendou a sustação das postagens agravada por advertência à Desinchá e Juju Norremose. Seu voto foi aceito por unanimidade. (grifos meus)¹⁴

Nesse sentido, a jurisprudência do Conar estabelece que a inexistência de negociação comercial formal entre as partes não as dispensa de seguir os princípios éticos da publicidade.

Ainda, há casos em que o influenciador nega a existência de qualquer vínculo comercial e afirma apenas tratar-se de sua opinião pessoal. Nesses casos, os julgados do Conar tendem a considerar como material publicitário postagens que possuem aparência e linguagem usualmente utilizada nessas relações, já que seria ingenuidade acreditar tratar-se de ação isolada.

Logo, o relator poderá considerar como publicidade qualquer postagem que possua a aparência de anúncio comercial, sendo responsabilidade do influenciador, como profissional da área, ter conhecimento das regras que envolvem seu empreendimento, conforme decisões abaixo:

Consumidor questiona no Conar a clara natureza publicitária de ação em redes sociais do influenciador Felipe Neto divulgando serviço da PicPay. **Esta se defendeu no Conar, informando que mantém relacionamento comercial com o influenciador, mas que a referida ação não tem natureza publicitária e sim beneficente, realizada por iniciativa exclusiva de Felipe Neto, tendo PicPay como meio de pagamento. Para o relator, se é difícil afirmar que a campanha seja material publicitário, é ingenuidade maior acreditar que apenas esta mensagem fosse uma iniciativa isolada e em nada relacionada ao acordo comercial mantido entre as partes, o que infringiria os artigos 28 e 30 do Código.** Por isso, o relator propôs a advertência ao anunciante e ao influenciador para que, em situações similares no futuro, explicitem a existência de sua relação de parceria comercial. Seu voto foi aceito por unanimidade. (grifos meus)¹⁵

¹⁴ CONAR. Representação nº 120/18. Relatora Conselheira Renata Lorenzetti Garrido, julgamento em set. 2018. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

¹⁵ CONAR. Representação nº 281/19. Relator Conselheiro Guto Belchior, julgamento em mar. 2020. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

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. (grifos meus)¹⁶

Consumidora de Macapá (AP) questionou a identificação publicitária de anúncio em redes sociais, divulgando pomada para hidratação de bebês. **A blogueira Barbara Trajano enviou defesa ao Conar, informando que a postagem apenas expressa a sua opinião pessoal sobre o produto, enquanto a Jesmond afirmou não ter pago pela menção. O relator não se**

¹⁶ CONAR. Representação nº 108/18. Relator Conselheiro Herbert Zeizer, julgamento em jun. 2018. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

convenceu com estes e outros argumentos das defesas e, dada a ausência de qualquer menção do tipo "publipost", propôs a alteração, agravada por advertência à blogueira e à Jesmond, por ser responsável por qualquer publicidade relativa aos seus produtos. (grifos meus)¹⁷

Ainda, vale ressaltar que na publicidade realizada por “*stories*”, ou seja, postagens que desaparecem em 24 horas, a identificação deve estar em todos os vídeos referentes ao anúncio, sendo que o fato desse tipo de publicação se apagar automaticamente agrava seu caráter velado, assim decidiu o Conselho de Ética:

Consumidor enviou e-mail ao Conar, questionando a natureza publicitária de postagem em redes sociais da atriz Carolina Dieckmann, promovendo serviço de locação de veículos da Movida. A empresa defendeu-se no Conar, considerando não ter contrariado as recomendações da ética publicitária, pois a postagem era apenas simples parceria entre a empresa e a atriz, não havendo entre eles contrato de publicidade. A relatora não acolheu estas e outras explicações da defesa. **Para ela, o fato de a postagem ter sido veiculada em rede social em modalidade que se apaga automaticamente depois de 24 horas agrava o seu caráter velado.** Propôs a alteração, sendo acompanhada por unanimidade. (grifos meus)¹⁸

Por todo o exposto, compreende-se que a jurisprudência do Conar é firme quanto questão da identificação publicitária, de forma que se pressupõe conhecimento das normas do CBARP e do CDC aos profissionais da área.

7.2. Veracidade e responsabilidade social

O princípio da veracidade e da transparência garante ao consumidor alcance de todas as informações, dados técnicos, científicos e fáticos do produto ou serviço anunciado, com

¹⁷ CONAR. Representação nº 217/17. Relator Conselheiro Everson Chaves Jr, julgamento em mar. 2018. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

¹⁸ CONAR. Representação nº 009/20. Relatora Conselheira CandiceBucley Bittencourt Silva, julgamento em mar. 2020. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

objetivo de protegê-lo de qualquer enganabilidade e possibilitar uma tomada de decisão consciente.

Dessa forma, o anunciante deve ser capaz de provar todas as informações que o influenciador divulgou em sua postagem patrocinada, além de mencionar os cuidados especiais que o produto ou serviço requer, conforme determinado pelo art. 33 do CBARP e exemplificado nas decisões abaixo:

Consumidoras de Toledo (PR) e Salvador (BA) questionaram anúncio em redes sociais de produto apresentado como emagrecedor. **Elas notam que faltam ao anúncio contraindicações e alertas. A direção do Conar questionou também apelos como "diminui a absorção de gordura" no anúncio em tela.** Não houve defesa pelos anunciantes, ainda que Eleve e Emilly Araújo tenham sido notificadas pelo Conar e aberta a elas a possibilidade de se manifestarem por escrito ou de viva voz frente ao Conselho de Ética. **A relatora deu razão à denúncia, propondo alteração do anúncio e advertência às anunciantes, sendo acompanhada por unanimidade.** (grifos meus)¹⁹

Consumidora paulistana enviou e-mail ao Conar denunciando publicidade em redes sociais do produto denominado Desinchá. **Segundo a denunciante, a peça publicitária pode levar o consumidor ao engano, levando-o a crer que não há risco no consumo do produto, que conteria diuréticos em sua fórmula.** A Desinchá negou em sua defesa tratar-se de publicidade; a blogueira teria agido espontaneamente, depois de ter recebido amostras do produto. A defesa considerou este fato sinal de que o produto surte os resultados prometidos. Juntou laudos que demonstrariam os benefícios do produto. Já a blogueira Gabriela Pugliesi comprometeu-se em futuras postagens a empregar linguagem adequada, recomendando a seus seguidores que consultem profissionais especializados sobre o consumo do produto. **A relatora não aceitou os argumentos da anunciante, considerando ser publicitária a postagem. Levando em conta que, pelo seu formato, ela já não mais está em exibição, propôs a advertência à Desinchá e Gabriela Pugliesi,** sendo acompanhada por unanimidade. (grifos meus)²⁰

¹⁹ CONAR. Representação nº 077/19. RelatoraConselheiraPatricia Blanco, julgamento em maio. 2019. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

²⁰ CONAR. Representação nº 294/18. RelatoraConselheira Milena Seabra, julgamento em fev. 2019. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

Ainda, vale ressaltar que o CBARP possui anexos estabelecendo regras específicas para anúncios de produtos farmacêuticos, tratamento médico, dentistas, bebidas alcoólicas, entre outros, sendo considerada obrigação do influenciador se atentar a essas normas.

O anúncio não pode apresentar nenhuma afirmação quanto ao produto que não seja baseada em evidência clínica ou científica, sob pena de configurar publicidade enganosa:

Veio de Bento Gonçalves (RS) esta reclamação de consumidor contra anúncio em TV e internet da Divcom Pharma, com participação da blogueira Gabriela Pugliesi. **A promessa de redução da "barriguinha ou aquele pneuzinho" foi considerada enganosa e carente de comprovação.** A anunciante defendeu a veracidade das informações, juntando comprovações. O relator não aceitou as alegações da Divcom Pharma, propondo a alteração. **Para ele, por mais que a anunciante tenha apresentado relatórios e estudos, o consumidor não é alertado para a necessidade de alimentação balanceada e atividades físicas para chegar aos resultados mostrados na peça publicitária.** Seu voto foi aceito por unanimidade. (grifos meus)²¹

Consumidora paulistana considerou que não é clara a natureza publicitária de anúncio de clínica médica veiculado em internet. Na peça, o blogueiro Bruno Maffei divulga um tratamento capilar. O Centro Médico de Medicina Capilar do Rio de Janeiro, em defesa enviada ao Conar, ponderou que a postagem não pode ser considerada um anúncio, pois o blogueiro a divulgou por exclusiva iniciativa dele, sem receber qualquer remuneração por isso. O relator iniciou o seu voto considerando que o caso em tela trata-se de um típico exemplo de "publicidade gratuita" que vem sendo praticada na internet. **No mérito, votou pela alteração do anúncio, de forma a adequá-lo às recomendações do Código para a publicidade de produtos e serviços para saúde, reunidas no Anexo G, deixando clara a sua natureza publicitária e citando o responsável médico pelo tratamento divulgado.** O relator propôs também advertência ao blogueiro para que cuide de atender às recomendações do Conar em suas postagens e à anunciante, para que não permita a divulgação

²¹ CONAR. Representação nº 039/18. Relator Conselheiro Eric Albanese, julgamento em abr. 2019. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

em desacordo com os preceitos ético-publicitários. Seu voto foi aceito por unanimidade. (grifos meus)²²

Da mesma forma, buscando respeitar os preceitos da boa-fé e da responsabilidade social, ao divulgar bebida alcoólica, o influenciador deve se atentar às normas do CBARP, recomendando o consumo responsável e deixando claro tratar-se de produto de consumo impróprio para menores.

Consumidor paulistano enviou denúncia ao Conar, contra anúncio em redes sociais da bebida alcoólica Corote, considerando que não há ferramenta que limite o acesso a ela de menores de idade. A direção do Conar questionou também se a natureza publicitária da postagem é suficientemente explícita e notou a ausência de frase recomendando consumo responsável, de acordo com a ética publicitária. Em sua defesa, Missiato e Cocielo negaram tratar-se de publicidade o objeto desta representação, sendo a postagem um agradecimento do blogueiro por presente recebido, uma caixa de Corote. Estes e outros argumentos da defesa não foram acolhidos pelo relator, para quem a postagem não permite outra interpretação, entendimento reforçado por vários outros posts semelhantes. **Ele também considerou que a postagem tem elevado potencial de atingimento de menores de idade. Tudo considerado, recomendou a sustação agravada por advertência à Missiato Indústria e Comércio e Cocielo.** Seu voto foi aceito por unanimidade. (grifos meus)²³

O Conar recebeu reclamação de dezesseis consumidores contra postagem em mídia social onde Gabriela Pugliesi divulga apresentação da cerveja Skol. **Os consumidores denunciaram o fato de a mensagem não estar claramente identificada como publicidade, a ausência de frase de advertência como prevista no Código, entre outras queixas. Consideraram que os anúncios podem induzir ao consumo de álcool por menores de idade.** Não houve manifestação por parte dos responsáveis pelo blog. Já a Ambev negou o caráter publicitário das mensagens, alegando que elas foram publicadas por livre iniciativa de Gabriela. Informou a Ambev que é fornecedora exclusiva

²² CONAR. Representação nº 277/16. Relator Conselheiro José Maurício Pires Alves, julgamento em mar. 2017. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

²³ CONAR. Representação nº 104/19. Relator Conselheiro Emmanuel Publio Dias, julgamento em agost. 2019. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

de cervejas e refrigerantes para estabelecimento de propriedade da blogueira. Informou ainda que solicitou a ela a interrupção da divulgação das mensagens. O relator iniciou seu voto esclarecendo que a ausência de defesa por parte de Gabriela Pugliese o faz considerar como verdadeiras as denúncias trazidas pelos consumidores. Ele não aceitou as alegações da Ambev e considerou, sim, as postagens como publicidade, ainda que velada. **A partir disso, constatou a violação de diferentes dispositivos do Código, pelo que recomendou a sua alteração agravada por advertência a Gabriela Pugliese e Ambev porque, além de desrespeitarem o Código, "faltaram com boa-fé e responsabilidade social".** Seu voto foi acolhido por maioria. (grifos meus)²⁴

Portanto, os influenciadores digitais devem se atentar em transmitir informações claras, completas, verdadeiras e passíveis de comprovação. Além disso, é necessário se atentar às normas específicas no que diz respeito a anúncios de produtos farmacêuticos, tratamento médico, dentistas, bebidas alcoólicas, entre outros, de forma a garantir o respeito aos princípios da boa-fé objetiva, confiança e transparência que devem preceituar as relações comerciais.

7.3 Crianças e adolescentes

As normas consumeristas e o CBARP garantem a proteção da criança e do adolescente, vedando que o mercado publicitário se aproveite de sua ausência de capacidade, porém, com o advento da tecnologia, o público infantil passou a gastar muito tempo nas redes sociais, constituindo um novo nicho de mercado.

Nos últimos anos, o Conar passou a receber diversas denúncias de consumidores e até mesmo do Ministério Público, envolvendo publicidade ilícita veiculada nas redes sociais direcionadas ao público infantil, inclusive produzidas por crianças e adolescentes.

Os anúncios devem respeitar a falta de experiência e conhecimento das crianças e adolescentes, além de promover um consumo consciente, ou seja, é vedado o estímulo do consumo desenfreado, como é possível observar nas decisões a seguir:

²⁴ CONAR. Representação nº 211/15. Relator Paulo Celso Lui, julgamento em fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

Denúncia de consumidor motivou esta representação contra três vídeos veiculados em redes sociais por Lucas 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: "Lucas Neto quer brincar de piscina gigante dentro da sala", "Boneco Lucas Neto" e "Lucas 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.** (grifos meus)²⁵

E-mails de consumidores residentes em São Luiz (MA), Belo Horizonte (MG), Matão e Vargem Grande Paulista (SP), São Sebastião (DF), Curitiba (PR) e Fortaleza (CE), num total de oito denúncias recebidas pelo Conar, motivaram esta representação, contra anúncio em internet protagonizado pelos influenciadores Irmãos Neto divulgando promoção com sorteio pela Loteria Federal de viagens ao Rio e aos parques da Disney. Os consumidores consideram que os anúncios visam crianças e adolescentes, divulgam uma promoção onerosa - cada ligação telefônica que dá direito a concorrer ao

²⁵ CONAR. Representação nº 091/20. Relator Conselheiro Bruno Bonfati, julgamento em jul. 2020. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

sorteio custa R\$ 5,92 -, sem que isso seja suficientemente frisado nas peças publicitárias, enfatizando que quanto maior o número de cupons adquiridos maiores as chances de ganhar o prêmio. Tudo, alegam os denunciante, contraria recomendações do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária para a publicidade dirigida a menores de idade. As denúncias dão conta ainda de alteração nas regras do sorteio durante a sua vigência. Em sua defesa, a IN21, que se qualificou como uma das responsáveis pela ação, explicou em linhas gerais o mecanismo da promoção e o porquê da alteração do regulamento, de forma a limitar a um máximo de dez por mês as ligações a cada participante. No mérito, considerou que a promoção é convenientemente dirigida a maiores de idade, conforme menções no site e regulamento. **A relatora de primeira instância identificou várias irregularidades na ação publicitária, a começar pelo fato de ela ter sido divulgada em canal destinado a crianças, fato reforçado pela linguagem empregada e o tipo de brincadeira envolvida na promoção, de todo estranha a público maior de doze anos, passando depois pela questão do registro da promoção junto às autoridades, como exigido por lei federal. A soma destas e outras irregularidades frente à legislação de promoções e ao Código levaram a relatora a propor a sustação agravada por advertência à IN21 e aos Irmãos Neto. Seu voto foi aceito por unanimidade.** Houve recurso contra a recomendação tentada pela anunciante, mas a decisão foi confirmada por unanimidade pela câmara recursal, seguindo proposta da relatora de segunda instância. (grifos meus)²⁶

Logo, quando um conteúdo ou canal é direcionado ao público infantil, é preciso que o influenciador se atente às regras específicas para publicidade voltada a este público mais vulnerável. Ainda que a defesa alegue que o anúncio é voltado para maiores de idade, se a linguagem e ferramenta utilizadas forem notadamente atrativas às crianças e considerando a alta capacidade de alcançar menores, as diretrizes específicas não poderão ser deixadas de lado.

Outra questão já superada pelo conselho de ética é em relação à prática de “*unboxing*”. Mesmo que o influenciador alegue não haver parceria comercial e que o produto foi adquirido de forma espontânea, se o conteúdo girar em torno do produto, exaltando suas características e

²⁶ CONAR. Representação nº 195/17, em recurso ordinário. Conselheiras Carla Simas e Adriana Pinheiro Machado, julgamento em fev. 2018. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

promovendo seu consumo, deverá haver a identificação publicitária e a atenção à ingenuidade do público infantil:

A direção do Conar propôs representação ética contra vídeo veiculado em internet, de responsabilidade de Erlania e Valentina, Mattel do Brasil e Centro Atacadista Barão, por considerar que o propósito publicitário do vídeo não é evidente, como recomendado pelo Código, tanto mais pelo fato de divulgar produto dirigido a menores de idade, sendo protagonizado por crianças na faixa dos dez anos de idade. **Em sua defesa, os responsáveis pela menina Valentina, titular de um canal no YouTube, alegaram não se tratar de publicidade, pois o brinquedo mostrado fôra sido adquirido em loja, sem qualquer combinação com a fabricante Mattel.** Esta, em sua defesa, informou que o produto mostrado foi licenciado por ela junto ao Centro Atacadista Barão. A defesa enviada pela Mattel se estende em descrever o vídeo objeto desta representação como conteúdo produzido de forma independente. Não houve manifestação por parte do Centro Atacadista Barão. **O relator notou em seu voto que a menção à marca começa no título do vídeo e segue assim por toda a sua duração, em tudo semelhante aos formatos denominados productplacement ou brandedcontent. Notou também que o canal do YouTube foi concebido para ser veículo publicitário, exibindo anúncios de produtos de vários segmentos. O relator conclui por propor a advertência ao canal Erlania e Valentina, lamentando que casos como este "tenham se tornado rotineiros, encontrando na alegada falta de vínculo entre marca e influenciadores amparo para se isentarem de responsabilidade".** Seu voto foi aceito por unanimidade. (grifos meus)²⁷

Queixa de consumidora residente em Guariba (SP) motivou esta representação, contra vídeo veiculado em redes sociais no qual o influenciador Luccas 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

²⁷ CONAR. Representação nº 238/19. Relator Conselheiro José Francisco Eustachio, julgamento em nov. 2019. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

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. (grifos meus)²⁸

Dessa forma, mesmo que não haja contrato comercial entre as partes, as postagens serão analisadas levando em consideração “o impacto provável do anúncio, como um todo, sobre aqueles que irão vê-lo ou ouvi-lo”, conforme determina o art. 17 do CBARP, de forma que caberá aos influenciadores agir com responsabilidade com relação ao material de cunho publicitário que produzem, especialmente se o seu público for composto por crianças e adolescentes.

²⁸ CONAR. Representação nº 106/18. Conselheiros Herbert Zeizer, Vitor Moraes de Andrade e José Maurício Pires Alves (votos vencedores), julgamento em jun. 2019. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a popularização das redes sociais, surgiu a figura do influenciador digital, responsável por engajar milhões de usuários ao compartilhar seu dia a dia e suas experiências, passando uma sensação de proximidade com quem o assiste, firmando uma relação pautada na confiança, de forma a potencializar seu alcance e poder de influência.

O mercado publicitário enxergou a possibilidade de investir nesse novo nicho, contratando influenciadores digitais para divulgar produtos e serviços em suas contas pessoais, ocorrendo, então, a profissionalização desses indivíduos.

Apesar dessa sensação de proximidade tornar a propaganda mais eficaz para o anunciante, acaba por deixar o consumidor em situação de vulnerabilidade, principalmente pelo modo e pela velocidade com que é veiculada, tornando mais difícil que haja um controle e uma fiscalização eficaz, a fim de inibir a divulgação de publicidade ilícita.

Na prática, é corriqueiro se deparar com o desrespeito aos princípios regentes da atividade publicitária, deixando de identificar que se trata de conteúdo comercial, divulgando informação parcialmente ou totalmente falsa ou, inclusive, veiculando mensagem com teor abusivo.

Considerando a grande influência dessas pessoas e o fato de os consumidores valorizarem mais opiniões de terceiros em detrimento àquela manifestada pelo próprio anunciante, se torna de extrema importância entender os aspectos jurídicos decorrentes dessas relações, em especial os problemas ocasionados aos consumidores.

Mesmo sendo evidente que se trata de uma relação de consumo em que é ofertado produto ou serviço para indivíduo em situação de vulnerabilidade, a legislação consumerista atual mostra-se insuficiente para reger alguns aspectos mais atuais.

Nesse sentido, o Conselho de Autorregulamentação Publicitária, por meio do controle privado que exerce sobre a publicidade, vem estabelecendo regras e diretrizes específicas para a atuação dos influenciadores digitais, por meio das diversas representações que são submetidas ao seu Conselho de Ética. Porém, por não possuir força de lei, sua atuação, apesar de importante, acaba não sendo tão eficiente para inibir condutas ilícitas.

Dessa forma, conclui-se pela necessidade de responsabilização dos influenciadores digitais pelo conteúdo que criam e disseminam nas redes sociais, devendo responder pelos danos que causarem aos consumidores.

Em decorrência do poder de influência exercido sobre os seus seguidores, resultante da relação de confiança preestabelecida entre eles, observando seu poder de criação e

possibilidade de interferência no processo de produção publicitária, além de se tratar de atividade profissional remunerada, a responsabilidade imputada aos influenciadores digitais deve ser objetiva e solidária, de forma a proteger o consumidor e garantir o respeito aos princípios da boa-fé objetiva, confiança e transparência que devem preceituar as relações de consumo.

É inegável o impacto gerado nas relações de consumo com o advento das redes sociais e o surgimento dos influenciadores digitais. Assim, é necessário que haja uma atualização nas regras aplicáveis ao controle publicitário, além de se investir na cooperação entre o controle estatal e o controle privado, a fim de alcançar soluções efetivas para proteger o consumidor e inibir condutas ilícitas.

REFERÊNCIAS

- ABRADI, **Código de Conduta para Agências Digitais na Contratação de Influenciadores**. Disponível em: <https://abradi.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Abradi-Influenciadores.pdf>. Acesso em 13 set. 2020
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: A transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BARBOSA, C. C. DO N.; SILVA, M. C.; BRITO, P. L. A. DE. **Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil**. Revista IBERC, v. 2, n. 2, 1 set. 2019
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em 16 ago 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 604.172/SP** (2003/0198665-8). Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, j. 27 mar 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 set. 2020
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no AgRg no Recurso Especial nº 1.316.921/RJ**. Relatora: Nancy Andrichi., j. 29 abr 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 set. 2020
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e at alii. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 4ª ed. São Paulo e Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Análise Crítica da Relação de Consumo**. Brasília, Brasilia Juridica, 2007.
- BEZERRA, Thaisa Brito Portal de Almeida. **A publicidade abusiva veiculada por meio dos blogs e das mídias sociais**. Trabalho de Conclusão de Curso. Brasília: 2016. Disponível em <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/10617/1/21236281.pdf>. Acesso em: 15 agost. 2020
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. Ed., São Paulo: Malheiros, 2006
- COELHO, Fabio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994
- CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 15 agost. 2020
- CONAR. **Página Inicial**. Disponível em: <http://www.conar.org.br> Acesso em: 10 set. 2020

CONAR. **Representação nº 226/16**. Relator Conselheiro Júlio Abramczyk, julgamento em nov. 2016. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 21 set. 2020.

CONAR. **Representação nº 005/20**. Relator Conselheiro Paulo Chueiri, julgamento em maio 2020. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CONAR. **Representação nº 009/20**. Relatora Conselheira CandiceBucley Bittencourt Silva, julgamento em mar. 2020. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CONAR. **Representação nº 034/20**. Relator Conselheiro Augusto Fortuna, julgamento em abr. 2020. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CONAR. **Representação nº 039/18**. Relator Conselheiro Eric Albanese, julgamento em abr. 2019. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CONAR. **Representação nº 077/19**. Relatora Conselheira Patricia Blanco, julgamento em maio. 2019. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CONAR. **Representação nº 091/20**. Relator Conselheiro Bruno Bonfati, julgamento em jul. 2020. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CONAR. **Representação nº 099/17**. Relatora Conselheira Vanessa Vilar, julgamento em out. 2017. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CONAR. **Representação nº 104/19**. Relator Conselheiro Emmanuel Publio Dias, julgamento em agost. 2019. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CONAR. **Representação nº 105/17**. Relator Conselheiro André Porto Alegre, julgamento em jul. 2017. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CONAR. **Representação nº 106/18**. Conselheiros Herbert Zeizer, Vitor Morais de Andrade e José Maurício Pires Alves (votos vencedores), julgamento em jun. 2019. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CONAR. **Representação nº 108/18**. Relator Conselheiro Herbert Zeizer, julgamento em jun. 2018. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CONAR. **Representação nº 120/18**. Relatora Conselheira Renata Lorenzetti Garrido, julgamento em set. 2018. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CONAR. **Representação nº 195/17**, em recurso ordinário. Conselheiras Carla Simas e Adriana Pinheiro Machado, julgamento em fev. 2018. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CONAR. **Representação nº 204/18**. Relator Conselheiro Herbert Zeizer, julgamento em out. 2018. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020

CONAR. **Representação nº 211/15**. Relator Paulo Celso Lui, julgamento em fev. 2016. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CONAR. **Representação nº 217/17**. Relator Conselheiro Everson Chaves Jr, julgamento em mar. 2018. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CONAR. **Representação nº 267/17**. Relatora Conselheira Marlene Bregman, julgamento em fev. 2018. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CONAR. **Representação nº 277/16**. Relator Conselheiro José Maurício Pires Alves, julgamento em mar. 2017. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CONAR. **Representação nº 281/19**. Relator Conselheiro Guto Belchior, julgamento em mar. 2020. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CONAR. **Representação nº 294/18**. Relatora Conselheira Milena Seabra, julgamento em fev. 2019. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CRIANÇA E CONSUMO. **Entenda a resolução do Conanda que define a abusividade da publicidade infantil**. Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/noticias/entenda-a-resolucao-que-define-a-abusividade-da-publicidade-infantil/>. Acesso em: 05 out. 2020

DEBORD, Guy. **A sociedade do Espetáculo**. Tradução por Railton Sousa Guedes. Disponível em <https://www.marxists.org/portugues/debord/1967/11/sociedade.pdf>. Acesso em: 15 agost. 2020

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ÉPOCA NÉGOCIOS. **Brasil é 2º em ranking de países que passam mais tempo em redes sociais**. 2019. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/09/brasil-e-2-em-ranking-de-paises-que-passam-mais-tempo-em-redes-sociais.html>. Acesso em: 31 agost. 2020.

FRANCO, Denise Sirimarco. **A publicidade no Instagram feita por digital influencers à luz da boa-fé objetiva e do dever de informação**. 2016. Dissertação Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 10. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/DeniseSirimarcoFranco.pdf. Acesso em: 15 agost. 2020

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam**. 2. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Controle social e a regulação da publicidade infantil**. RECIIS – R. Eletr. de Com. Inf. Inov. Saúde. Rio de Janeiro, v.4, n.4, Nov., 2010

KARHAWI, Issaaf. **Influenciadores digitais: o eu como mercadoria**. In: SAAD, Elizabeth; SILVEIRA, Stefanie C. (org.). Tendências em comunicação digital. São Paulo: ECA/USP, 2016. p. 39-58. Disponível em: <http://www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/download/87/75/365-1?inline=1>. Acesso em: 15 agost. 2020

LE MOS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária**. São Paulo: Paulus, 2010.

MANDELLI, Mariana; GALANTE, Isabella. **O poder dos influenciadores digitais**. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/11/o-poder-dos-influenciadores-digitais.shtml>. Acesso em: 03 set. 2020.

MESSA, Eric. **Influenciadores Digitais? #WTF: uma reflexão sobre a falta de visão das agências de publicidade sobre o universo de influência online**. Youpix, 2016. Disponível em <<https://youpix.com.br/influenciadores-digitais-wtf-3b31301b3356#.ep3pc32fj>> acesso em 18 agost. 2020.

MASSO, Fabiano Del. **Direito do consumidor e publicidade clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/conanda>. Acesso em: 12 set. 2020.

O'NEIL-HART, Celie; BLUMENSTEIN, Howard. **Why youtube stars are more influential than traditional celebrities**. 2016. Disponível em: <https://www.thinkwithgoogle.com/consumer-insights/youtube-stars-influence/>. Acesso em: 06 set. 2020.

REBÊLO, Felipe Cesar José Matos. **Atividade econômica e publicidade comparativa: a defesa do consumidor e da concorrência**. São Paulo, Atlas, 2013

RODAS, Sérgio. **Influenciadora digital responde por golpe dado por loja que indicou**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-21/influenciadora-digital-responde-golpe-loja-indicou>. Acesso em: 01 out. 2020

- SCHOR, Juliet B. **Nascidos para comprar: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo**. Trad. Eloisa Helena de Souza Cabral. São Paulo: Gente, 2009
- SCHWARTZ, Germano; REIS, Paulo Victor Alfeo. **Os novos meios de comunicação e o papel sistêmico dos influenciadores digitais na sociedade da informação**. Revista Direito Mackenzie. São Paulo, v. 12, n. 1, 2018. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11849>. Acesso em: 4 mar. 2020
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.
- TURCHI, Sandra. **O poder da influência digital**. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/opiniao/2019/11/07/o-poder-da-influencia-digital.html>. 2019. Acesso em: 03 set. 2020.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Pamela Michely Grillo Alencar

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 3164165-2, Período Matutino, Turma 10 A,

tendo realizado o TCC com o título: PUBLICIDADE DE INFLUÊNCIA: UMA ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PERANTE A PUBLICIDADE PROMOVIDA POR INFLUENCIADORES DIGITAIS EM PLATAFORMAS DIGITAIS

sob a orientação do(a) professor(a): Marcelo Romão Marineli

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 06 de novembro de 2020.



Assinatura do discente