

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS

FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS

VINICIUS ARAUJO FELIX CORREIA

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

Maceió

2022

VINICIUS ARAUJO FELIX CORREIA

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Lavinia Cavalcanti Lima Cunha

Assinatura do Orientador

Maceió

2022

.

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale – CRB4 - 661

C824r Correia, Vinicius Araujo Felix.
Responsabilidade civil dos influenciadores digitais / Vinicius Araujo Felix Correia.
– 2022.
55 f..

Orientadora: Lavínia Cavalcanti Lima Cunha.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal
de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2022.

Bibliografia. f. 52-55.

1. Direito civil – Brasil. 2. Influência digital. 3. Publicidade. 4. Responsabilidade
civil. 5. Consumo. I. Título.

CDU: 342.7(81)

Folha de Aprovação

AUTOR: VINÍCIUS ARAUJO FELIX CORREIA

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

Esta monografia de conclusão de curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas (FDA/UFAL), como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, obteve a devida aprovação perante a presente banca examinadora.

Orientadora: Prof. Me. Lavínia Cavalcanti Lima Cunha

Banca Examinadora:

MARCOS AUGUSTO DE ALBUQUERQUE EHRHARDT J
Assinado de forma digital por MARCOS AUGUSTO DE ALBUQUERQUE EHRHARDT J
Dados: 2022.08.02 09:16:26 -03'00'

Presidente: Prof. Dr. Marcos Ehrhardt Jr.

WLADEMIR PAES DE LIRA:37315790497
Assinado de forma digital por WLADEMIR PAES DE LIRA:37315790497
Dados: 2022.08.30 12:59:22 -03'00'

Membro: Prof. Dr. Wlademir Paes Lira

MACEIÓ

2022

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me possibilitar concluir o curso de Direito na Universidade Federal de Alagoas, através do presente trabalho.

A Ele, agradeço, também, por me presentear com pais tão especiais.

Da mesma forma, agradeço à minha orientadora por toda a paciência e disponibilidade.

Por fim, mas não menos importante, agradeço à minha amiga Luiza, presente que ganhei na graduação! Luiza, obrigado pela disponibilidade e por me dar forças para continuar.

RESUMO

O presente trabalho aborda os impactos decorrentes da digitalização nas relações de consumo, num cenário em que a figura do Influenciador Digital exerce protagonismo. Nos últimos anos, os Influenciadores Digitais redefiniram as práticas e dinâmicas de mercado, sendo os novos expoentes do marketing de influência, responsáveis pelo surgimento de novas estratégias de marketing, as quais, atualmente, se sobressaem em relação às demais. Essas alterações foram percebidas por empresas e profissionais de marketing, as quais passaram a investir nesse novo modelo, vez que esses produtores de conteúdo conseguem instigar o seu público a consumir determinado produto ou serviço. Nesse contexto, o presente trabalho analisa o comportamento dos *digital influencers* na atuação publicitária, considerando os conceitos publicitários e jurídicos e a possível responsabilização por seus atos, tendo em vista o impacto persuasivo que exercem sobre os seus seguidores, potenciais consumidores dos produtos anunciados.

Palavras-chave: Influência Digital. Publicidade. Responsabilização. Consumo.

ABSTRACT

The present work addresses the impacts of digitalization on consumer relations, in a scenario in which the figure of the Digital Influencer plays a leading role. In recent years, Digital Influencers have been redefined as practices and market dynamics, with the new fluent exponents of marketing of new influences, responsible for the use of new marketing strategies, which currently stand out in relation to the others. These were noticed by marketing professionals, since the companies that determine the determination to invest in this new model instigate their public to consume these products or services. In this context, the paper presents the behavior of digital influencers in advertising, considering the advertising and legal concepts and the possibility of persuasive impact they have on their followers, analyzing the potential consumers of the advertised products.

Key-words: Digital influence. Advertising. Responsibility. Consumption.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
2. A EVOLUÇÃO DO MARKETING DE INFLUÊNCIA	9
2.1 A importância dos influenciadores digitais	9
2.2 Os Influenciadores Digitais	12
2.3 Comportamento na Publicidade e mkt dig	14
3. A ATIVIDADE PUBLICITÁRIA	21
3.1 Publicidade e Propaganda	21
3.1.1. Os princípios da Publicidade	22
3.2 A Atividade Publicitária Ilícita	25
3.2.1 A Atividade Publicitária Abusiva	27
3.2.2 Publicidade simulada	29
3.3 Regulamentação da Publicidade	30
4. O CONTROLE DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA	32
4.1 O controle auto-regulamentar exercido pelo CONAR	33
4.2 O Código de Defesa do Consumidor e a Atividade Publicitária	34
4.2.1 A definição de consumidor	34
4.2.2 A definição de Fornecedor	36
4.2.3 Fornecedor por equiparação	36
4.3 O controle da Atividade Publicitária pelo exercido pelo Código de Defesa do Consumidor	38
4.4 Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais	40
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

O maior acesso e disponibilidade da internet, aliado à ampla utilização dos smartphones e a facilidade de acesso às chamadas redes sociais, implicou em diferentes mudanças socioeconômicas. Tais alterações advindas da Era Digital impactaram a sociedade tanto nas relações interpessoais, como no mundo jurídico.

Na última década, os Influenciadores Digitais redefiniram as práticas e dinâmicas de mercado, atuando como os novos expoentes do marketing de influência, eles foram responsáveis pelo surgimento de novas estratégias de marketing, as quais atualmente se sobressaem em relação às demais.

Tais alterações foram captadas por empresas e profissionais de marketing, de forma a possibilitar a maior divulgação de seus produtos e serviços de forma assertiva, vez que esses produtores de conteúdo têm públicos bem segmentados e fiéis, e por isso são capazes de formar opiniões, inspirar comportamentos e, principalmente, instigar o consumo de determinado produto ou serviço.

Sabendo dessa capacidade persuasiva, as marcas a utilizam para induzir o consumo de determinados produtos, através da figura do Influenciador Digital. Contudo, a problemática se insere no fato de que esses agentes, que não possuem regulamentação da profissão, atuam como agentes publicitários, sem muita das vezes esclarecer ao seu público que se trata de propaganda. Nessa toada, fica o questionamento: pode o Digital Influencer ser responsabilizado pela publicidade irregular?

Nesse contexto, o presente trabalho analisa o comportamento dos *Digital Influencers* na atuação publicitária, considerando os conceitos publicitários e jurídicos e a possível responsabilização civil por seus atos, tendo em vista o impacto persuasivo que exercem sobre os seus seguidores, potenciais consumidores dos produtos anunciados.

Assim, será examinada a figura do Influenciador Digital, demonstrando sua caracterização, explorando o contexto do seu surgimento e o papel que este desempenha nas redes sociais, bem como serão analisadas as hipóteses de responsabilização, ou não, dos Influenciadores Digitais pelos atos praticados.

2. A EVOLUÇÃO DO MARKETING DE INFLUÊNCIA

2.1 A importância dos influenciadores digitais

O alcance mundial da internet, a ampla utilização dos smartphones e a facilidade de acesso às chamadas mídias sociais, fizeram com que as comunidades passassem de sociais para virtuais, alterando profundamente o modus operandi da sociedade. Dessa forma, o ambiente virtual tornou-se um local democrático em que os indivíduos deixam de ser meramente telespectadores e passam a interagir e contribuir na criação de conteúdo.

Um dos marcos para esse movimento foi a criação do iPhone em janeiro de 2007. Apresentado pela empresa americana de tecnologia Apple, este produto revolucionário com tendências vanguardistas escreveu um novo capítulo na cultura das mídias convergentes. Ele uniu a telefonia e a internet, sendo um dos mais conceituados aparelhos smartphone. A criação deste dispositivo teve grande relevância no fenômeno dos influenciadores digitais, pois a partir dele foram desenvolvidos softwares que proporcionam o acesso às redes sociais em aparelhos móveis.

Mais que isso, a proposta de Steve Jobs era que o iPhone fosse uma central multimídia, munido de câmera, sistema integrado para reproduzir músicas, acesso à internet, aplicativos das mais variadas funções e, além de tudo, apto a efetuar ligações telefônicas. Mal sabia Jobs que tais ferramentas, posteriormente, tornariam-se indispensáveis aos indivíduos, principalmente aos criadores de conteúdo online.

Neste cenário, em 2008, o Facebook foi pioneiro e lançou um aplicativo para iPhone. Até então, só era possível acessar a rede social através do navegador do celular, mas o acesso era lento e com menos opções do que a versão para computadores.

Em 2010, o Instagram foi lançado pelo norte-americano Kevin Systrom e pelo brasileiro Mike Krieger, ambos engenheiros de software. A etimologia da palavra remonta à junção dos termos "instante" e "telegrama". A nova rede social, inicialmente, propôs um ambiente em que os usuários pudessem compartilhar apenas imagens em proporção 1x1, isto é, imagens quadradas.

Em 2016, a plataforma fez a mais importante atualização até hoje, o lançamento do Instagram Stories. A ferramenta permite a publicação de fotos e vídeos os quais têm vida útil de 24 horas, contadas a partir do momento da postagem (recentemente, o Instagram possibilitou a perpetuação dos Stories, com a criação dos Destaques). A novidade foi inspirada no Snapchat, um app cuja função é exatamente esta. Devido ao seu formato mais

dinâmico, o Instagram Stories permite que o usuário crie uma relação intimista com os que o acompanham. Isso é possível, vez que a ferramenta permite o compartilhamento de conteúdo em tempo real de vídeo e fotos, fazendo com que a audiência sintam-se inserida no cotidiano do criador de conteúdo.

Naquele ano, pela primeira vez, os gastos em propagandas em meios digitais nos Estados Unidos ultrapassaram os gastos com a mídia que era considerada mais tradicional, a televisão¹.

Esse novo ambiente foi primordial para a estruturação dos Influenciadores Digitais, pois a partir deste momento eles poderiam compartilhar, em tempo real, seu cotidiano e estilo de vida, pilares da sua relação com os seguidores (indivíduos que os acompanham em suas redes sociais). Esse fenômeno alterou profundamente a sociedade, uma vez que as pessoas se tornaram cada vez mais dependentes dos aparelhos celulares e das redes sociais, e consequentemente consumidores do conteúdo gerado por estes influenciadores.

Segundo pesquisa realizada pela consultoria *Newzoo*, o Brasil, em 2020, tinha aproximadamente 109 milhões de usuários de smartphones², o que correspondia a mais da metade da população. Com isso, o país estava em quinto lugar no ranking global com maior número de usuários desses aparelhos. Deste montante, segundo o Instagram, 99 milhões eram usuários da rede social, destes, 67% seguiam influenciadores, segundo pesquisa realizada pela Opinion Box.

Essas alterações de comportamento da população e, consequentemente, dos consumidores são captadas pelos profissionais de marketing e aplicadas na prática profissional, objetivando uma maior assertividade das campanhas de marketing³.

Dessa forma, as redes sociais deixam de ser vistas, apenas, como uma ferramenta de entretenimento pessoal e se tornam, também, plataformas de uso comercial.

Conscientes do fortalecimento das relações virtuais e da importância dos Influenciadores digitais como preceptores do marketing de influência, as marcas passam a perceber a importância de fazer parte nesse meio digital e vendo nos Influenciadores Digitais a ponte que eles precisam para estar mais perto de seu público consumidor.⁴

¹ EMARKETER. US Digital Ad Spending to Surpass TV this Year, September 2016. Disponível em: <https://www.emarketer.com/Article/US-Digital-Ad-Spending-Surpass-TV-this-Year/1014469>. Acesso em: maio 2022.

² <https://exame.com/pop/brasil-e-um-dos-cinco-paises-com-maior-numero-de-celulares-mostra-ranking/> Acesso em: Junho 2022

³ EVANS, N. J.; WOJDYNSKI, B. W.; GRUBBS HOY, M. How Sponsorship Transparency Mitigates Negative Effects of Advertising Recognition. *International Journal of Advertising*, p.1–19, 2018.

⁴ *Ibidem*.

Segundo dados apresentados pela *Statista Global Consumer Survey*, em 2021 o Brasil ultrapassou a China e se tornou o país onde a influência digital exerce maior impacto sobre o público consumidor. De acordo com a pesquisa, naquele ano, mais de 40% dos brasileiros compraram algum produto anunciado por um Influenciador Digital⁵.

Em pesquisa realizada pela Opinion Box, com mais de dois mil brasileiros, foi demonstrado o quanto os influenciadores digitais são relevantes nas decisões de compras. Conforme o estudo, 67% dos usuários do Instagram no Brasil seguem influenciadores; 55% disseram já ter comprado algo que um Influenciador Digital indicou ou usa; e 18,5% foram influenciados por digitais influencers na hora de comprar e consumir produtos. Além disso, 82% dos brasileiros seguem marcas no Instagram e 47% gostam de usar a rede para acompanhar e curtir fotos de empresas e marcas.

Com a pandemia do Covid-19, o marketing de influência se tornou ainda mais estratégico e atrativo para as marcas. De acordo com a pesquisa ROI e Influência 2021, realizada pela consultoria *Youpix* em parceria com a *AlgorithmCOM*, para 83% dos entrevistados, as ações de marketing de influência foram essenciais para o negócio durante a pandemia e para 71%, a modalidade é parte central de seu planejamento⁶. Além disso, em três anos de pesquisa, foi a primeira vez em que todos os entrevistados assinalaram que o marketing de influência é importante e faz parte de sua estratégia.

Nesse contexto, conforme levantamento recente realizado pelo *Business Insider*⁷, a previsão é de que, até o final do ano de 2022, o setor valha US\$ 15 bilhões (cerca de R\$ 79 bilhões). No que se refere à veiculação, a rede social considerada atualmente mais importante para a propagação do marketing de influência é o Instagram⁸, que movimentou em publicações um montante de US\$5.67 bilhões em 2018, sendo esperado que esse valor cresça para US\$ 8.08 bilhões no ano de 2020⁹.

⁵ STATISTA. Global Instagram Influencer Marketing Spending 2020. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/950920/global-instagram-influencer-marketing-spending/>. Acesso em: maio 2022.

⁶ <https://tag.youpix.com.br/roi-influencia2021/> Acesso em Junho 2022.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

2.2 Os Influenciadores Digitais

De acordo com Marcos Inácio Severo de Almeida et al. “Influenciadores Digitais são formadores de opinião virtuais que representam uma alternativa para empresas que confiam na comunidade reunida em torno desses perfis como público-alvo de divulgação.”¹⁰

Caio César do Nascimento Barbosa, Michael César Silva e Priscila Ladeira Alves de Brito, por sua vez, trazem conceito mais detalhado:

Os Digital Influencers são indivíduos que exercem forte influência sobre um determinado público, possuindo a habilidade de criar e influenciar a mudança de opiniões e comportamentos, podendo conceber padrões por meio de diálogos diretos com seus seguidores. Na maioria das vezes criadores de conteúdo, por meio das mídias sociais, em especial, nas plataformas do *Instagram* e do *Youtube*, com conteúdo muitas vezes exclusivos, geram uma conexão com seu público em diversas áreas de atuação, como cultura e entretenimento, moda, cuidados com a saúde e corpo, gastronomia, dentre outros¹¹.

Para Cristiane Rubim Manzina da Silva e Felipe Maciel Tessarolo o termo Influenciador Digital “se refere aquelas pessoas que se destacam nas redes e que possuem a capacidade de mobilizar um grande número de seguidores, pautando opiniões e comportamentos e até mesmo criando conteúdos que sejam exclusivo”¹².

De modo bastante esclarecedor, Luana Guimarães Peres e Issaaf Karhawi definem o Influenciador Digital como sendo produtor de conteúdo, ‘especialistas amadores’, sujeitos que levam para a rede aquilo que gosta, se profissionaliza e começa a trabalhar com o assunto¹³.

Como foi demonstrado, é sabido que o marketing de influência não é uma estratégia recente, contudo, seu mais novo expoente, a figura do Influenciador Digital, emergiu nos últimos anos. Devido ao seu surgimento tão recente e a sua rápida ascensão, não há, doutrinariamente, um consenso em relação à sua conceitualização.

Contudo, neste trabalho, para que possamos examinar a temática com maior clareza, trataremos o conceito majoritário, apresentado através dos requisitos para a sua caracterização. Nesse sentido, o primeiro critério configurador é a quantidade de seguidores em determinada rede social. Este fator, que antes era preponderante, até hoje tem grande importância, haja vista que os seguidores representam a audiência do influenciador.

¹⁰ ALMEIDA, Marcos Inácio Severo de et al. Quem Lidera sua Opinião? Influência dos Formadores de Opinião Digitais no Engajamento. **Revista de Administração Contemporânea**. Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 115-137, 2018.

¹¹ BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. *Revista IBERC*, v. 2, n.2, set. 2019, p. 9.

¹² SILVA, Cristiane Rubim Manzina Da; TESSAROLO, Felipe Maciel. **Influenciadores Digitais e as Redes Sociais Enquanto Plataformas de Mídia**. São Paulo, 2016, p. 5.

¹³ PERES, Luana Guimarães; KARHAWI, Issaaf. Influenciadores digitais e marcas: um mapeamento exploratório. **X Simpósio Nacional da ABCiber**, 2017, São Paulo, p. 1.677.

A quantidade de seguidores passou a ter menor relevância em 2014, quando a rede social Instagram, através de uma nova política de uso, eliminou milhões de perfis considerados falsos, muitos criados automaticamente para inflar o número de seguidores¹⁴. Conseqüentemente, vários perfis de Influenciadores Digitais foram afetados, colocando em dúvida a eficiência deste parâmetro. Dessa forma, passou-se a considerar o engajamento real e não mais a quantidade de seguidores, haja vista que através dele é possível, de fato, causar impacto na sociedade e influenciar comportamentos. A partir desse requisito, leva-se em consideração o grau de influência, ou seja, a capacidade de alterar comportamentos e opiniões.

Além disso, é válido salientar que, juridicamente, a capacidade civil não é um pré-requisito para a configuração do *Digital Influencer*, haja vista a existência dos influenciadores mirins. Da mesma forma, não é necessário que o indivíduo tenha graduação em cursos da área, apesar da existência de cursos de pós-graduação direcionados à formação de Influenciadores Digitais. Em suma, percebe-se que o fator primordial para esses profissionais é a capacidade de criar e influenciar a mudança de opiniões e comportamentos.

Ademais, a regularidade de postagens, ou seja, uma espécie de habitualidade também é uma característica desses influenciadores, haja vista que para terem sucesso precisam se dedicar a criar conteúdos na internet, para assim assegurar o seu engajamento. Deve-se levar em consideração, também, o recebimento de alguma contraprestação em detrimento à publicidade. Essa contraprestação pode ser pecuniária ou até mesmo não pecuniária, como a prática dos “recebidos”, por exemplo.

De acordo com Cássio Politi¹⁵, não existe um tamanho certo em números de seguidores para que uma pessoa possa ser considerada um Influenciadora Digital. Ela pode contar com milhares de seguidores como também com algumas centenas. O que existe são algumas classificações para os influenciadores de acordo com o número de seguidores que possuem em uma rede social. Essa divisão pode ser enxergada na tabela a seguir:

Nano Influenciador	1(um) a 10.000(mil) seguidores
Micro Influenciador	10 (dez) a 50 mil (cinquenta mil) seguidores
Meso Influenciador	50 (cinquenta mil) a 100 mil (cem mil) seguidores
Macro Influenciador	100 mil (cem mil) a 1 milhão (um

¹⁴ <https://www.otempo.com.br/diversao/celebridades-perdem-milhoes-de-seguidores-no-instagram-1.963730>. Acesso em: 10.06.22

¹⁵ POLITI, Cássio. Influenciador digital: o que é e como classifica-lo? Blog Influency.me. [S.I.] 2019a. Disponível em: <https://www.influency.me/blog/influenciador-digital/>. Acesso em: maio 2022

	milhão) de seguidores
Mega Influenciador	Mais de 1 milhão (um milhão) de seguidores

Essas classificações são levadas em consideração pelas marcas durante o processo de escolha do influenciador a ser contratado. Como foi demonstrado, anteriormente o critério quantitativo era o prioritário para a decisão, mas, atualmente, o engajamento passou a ser a métrica mais importante. Assim, nos casos em que o *quantum* de seguidores é proporcional ao engajamento, há maior valorização do influencer e, conseqüentemente, maior é o seu valor de contratação. Essa métricas, geralmente, são comprovados através do "Mídia Kit", que é um portfólio em que o influenciador expõe as suas taxas de engajamento, alcance e segmentação de público, por exemplo.

É válido ressaltar que no momento atual, há maior predileção pelos micro influenciadores, haja vista que estes possuem o público melhor segmentado e com maior engajamento, o que os torna mais propensos a agir de acordo com as recomendações dadas pelo *influencer*¹⁶.

Para Gasparotto, Freitas e Efig¹⁷, os Influenciadores Digitais são grandes formadores de opinião, capazes de alterar comportamentos e mentalidades dos que o seguem, visto que, em razão da exposição de seu estilo de vida, experiências, preferências, gostos e, principalmente, da interação social, acabam conquistando a confiança de seus seguidores.

De acordo com Carolina Frazon Terra¹⁸ vive-se uma verdadeira transformação da influência, vez que, anteriormente a influência advinda de fontes tradicionais, como os jornalistas, acadêmicos e economistas, por exemplo. Em contrapartida, a geração atual confia mais em pessoas que são iguais a elas, em redes sociais.

2.3 Comportamento na Publicidade e no Marketing Digital

¹⁶<https://mediatalks.uol.com.br/2022/04/17/veja-10-tendencias-no-mundo-dos-influenciadores-digitais-para-que-m-quer-lucrar-no-mercado-bilionari/> Acesso em 09 de julho de 2022.

¹⁷GASPAROTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. Revista Jurídica Cesumar, Natal, v. 19, n. 1, p. 65-87, janeiro/abril 2019, p.75.

¹⁸TERRA, Carolina Frazon. Marcas e Influenciadores: Quem precisa de quem? In: **X Simpósio Nacional da ABCiber Conectividade, Híbridação e Ecologia das Redes Digitais**. Escola de Comunicações e Artes de Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/37211664/MARCAS_E_INFLUENCIADORES_QUEM_PR_ECISA_DE_QUEM. Acesso em: 07 maio 2022

As mídias sociais digitais possuem elementos que conduzem a legitimação de seus públicos, como o uso da primeira pessoa, o tom confessional, comunicação mais espontânea, com linguagem simples, quase como um amigo recomendando algo, sendo muito associados à subjetividade, opinião pessoal, parcialidade, etc.

Esses elementos são capazes de fazer com que seus leitores, seguidores, confiem e aceitem as suas sugestões e dicas, construindo, assim, sua reputação, seu capital social e/ou cultural¹⁹.

Caio César do Nascimento Barbosa, Michael César Silva e Priscila Ladeira Alves de Brito²⁰ apontam a existência de um padrão de divulgação publicitário pelos Influenciadores Digitais:

O anunciante produz um pequeno resumo das características e informações do produto ou serviço (*briefing*) e o repassa para o Influenciador Digital, que lhe divulgará nas mídias sociais. A divulgação ocorre por meio de fotos no *feed* e por *Stories* (vídeos de no máximo 15 segundos que desaparecem em 24 horas) no caso do *Instagram*, e por meio de vídeos na plataforma do *Youtube*. Tais plataformas são as mais utilizadas, atualmente, ainda que existam divulgações em mídias sociais como o *Facebook*, *Snapchat* ou *Twitter*. Baseado no *briefing*, o fornecedor pode lhe instruir algo a ser repassado aos potenciais consumidores ou lhe dar autonomia para que crie algo de forma personalizada.

Conhecidas algumas definições, pode-se extrair alguns elementos principais do conceito de Influenciador Digital: capacidade persuasiva, interatividade social, carisma, proximidade com seus seguidores e credibilidade. Os Influenciadores Digitais passaram a se destacar, atraindo cada vez mais seguidores.

Como eles compartilham o seu dia a dia, expondo seus estilos de vida, experiências, gostos, preferências, as pessoas tendem a sentir uma proximidade com o Influenciador Digital, como se fosse um amigo.

Estes criadores de conteúdo interagem com seus públicos nas redes sociais, por meio de comentários ou de mensagens diretas, o que pode levar ao desenvolvimento de uma relação de intimidade e amizade entre eles. Com isso, a opinião dos Influenciadores Digitais sobre um determinado produto ou serviço torna-se valiosa, vez que as pessoas que os acompanham

¹⁹ KARHAWI, Issaaf. “Quanto vale o post?”: blogueiros entre o pessoal e o comercial. In. SAAD, Beth (org.). **Visibilidade e consumo da informação nas redes sociais. Porto: MediaXXI, 2016, p. 201-204**

²⁰ BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. **Revista IBERC, v.2, n.2, set. 2019, p. 11**

tornam-se mais suscetíveis às suas opiniões, vendo tais figuras como alguém de sua confiança e que discute coisas de seu interesse.

Robert B. Cialdini²¹ classifica essa aceitação como sendo armas da persuasão. Para o autor, os princípios como reciprocidade, coerência, aprovação social, afinidade, autoridade e escassez possuem potencial de incutir nas pessoas aquilo que ele denomina de consentimento automático e impensado.

De acordo com Robert B. Cialdini os seres humanos estão mais propensos a comprar e a consumir produtos que são vendidos (ou apresentados) por autoridades no assunto e pessoas parecidas com elas mesmas.

Assim, os Influenciadores Digitais utilizam o chamado conteúdo editorial como estratégia para forjar uma narrativa que envolva o consumidor em um enredo contextual, o qual tem por finalidade obscurecer a natureza publicitária da mensagem. Ferindo, portanto, o princípio da identificação da publicidade.

Questionados se ao publicarem um post patrocinado avisam que o mesmo se trata de uma publicidade, em uma escala de 0 (zero) a 100% (cem por cento), 78% (setenta e oito por cento) dos Influenciadores Digitais entrevistados responderam que sempre avisam, 15% (quinze por cento) responderam que às vezes avisam, mas outras vezes não e 7% (sete por cento) responderam que nunca avisam. Ainda aqueles que responderam que avisam se tratar de publicidade, a grande maioria dos entrevistados afirmaram desconhecer que se trata de uma regra prevista em lei.

Os entrevistados que responderam que não avisam que o post foi patrocinado por uma marca revelaram que não o fazem por não acharem necessário. Esses dados, retirados da pesquisa realizada pela *YouPix* e pela *BRUNCH*, em 2019, intitulada “*Creators & Marcas*”, em que foram entrevistados 152 (cento e cinquenta e dois) Influenciadores Digitais brasileiros que trabalham na divulgação de marcas, desencadeando no que o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC) definem como publicidade ilícita, mais especificamente, publicidade velada, subliminar.

Resta claro que a criação de narrativas é uma estratégia utilizada pelos Influenciadores Digitais. Vejamos: ao contar uma história ou acontecimento do seu dia, a situação torna-se

²¹ CIALDINI, Robert B. **As armas da persuasão**. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2012. P. 10.

tão comum, tão familiar, que a marca é inserida de forma natural como um exemplo positivo, como explica Issaaf Karhawi²².

Segundo a autora, alguns blogueiros, em especial, os mais experientes no mercado, “[...] criam situações, momentos especiais para o uso do produto anunciado, enfim, criam narrativas que seduzem, inspiram confiança e, conseqüentemente, vendem produtos.”

No *Instagram*, tal estratégia ganha ainda mais força, principalmente ao utilizarem o Instagram Stories, que é um dos recursos do aplicativo que permite o compartilhamento, em tempo real, de imagens e vídeos que ficam disponíveis por 24 (vinte e quatro) horas, podendo permanecer no perfil quando adicionado aos destaques.

Por ter um formato mais dinâmico, permitem uma conexão mais pessoal com o público, o que possibilita a criação de relações mais intimistas, sendo mais um meio para que marcas e empresas possam interagir e alcançar clientes em potencial, sendo uma ótima ferramenta de divulgação da marca e de seus produtos²³.

Com este recurso, a marca pode ser sutilmente divulgada. Uma ilustração comum desta estratégia é o Influenciador Digital aparecer consumindo produtos de determinada marca no café da manhã, no lanche da tarde e em atividades físicas.

Além disso, é comum que ele dialogue com seus seguidores por meio das enquetes. Através da utilização de perguntas as quais podem ser adicionadas à publicação, sendo um reforço a mais de interação com os seus seguidores.

Além dos *Stories*, também é possível enviar mensagens diretas, que funcionam como uma espécie de chat²⁴. A relação torna-se ainda mais próxima e amigável já que os próprios Influenciadores Digitais se colocam à disposição para esse tipo de interação.

Em suma, quando publicam momentos e experiências do cotidiano nos *Stories*, aproveitam a ocasião para anunciar algum produto ou serviço, na maioria das vezes de forma implícita.

Assim, ao utilizarem sua conta pessoal para realizar a publicidade, torna-se difícil a diferenciação do que é uma opinião pessoal ou um post patrocinado/publicitário, também chamado de *publipost*.

²² KARHAWI, Issaaf. Influenciadores digitais: conceitos e práticas em discussão. *In*: Abrapcorp – Congresso Brasileiro Científico de Comunicação Organizacional e de Relações Públicas, XI, 2017, Belo Horizonte. **Anais do XI Congresso Brasileiro Científico de Comunicação Organizacional e de Relações Públicas: Comunicação e Poder Organizacional: enfrentamentos discursivos, políticos e estratégicos.** Minas Gerais: Abrapcorp, 2017.

²³ INSTAGRAM. **Como usar o instagram stories.** [S.I.] [2019?]. Disponível em: <https://about.instagram.com/features/stories>. Acesso em 18 maio 2022.

²⁴Ibidem.

Em pesquisa realizada pelo *Instagram*, feito pela Ipsos, em agosto de 2018, foram entrevistadas 18 (dezoito) mil pessoas, entre 13 (treze) e 54 (cinquenta e quatro) anos, em 12 (doze) países, dentre eles, o Brasil, 68% (sessenta e oito por cento) das pessoas afirmaram que ficam mais interessadas em uma marca ou em um produto depois de verem o item em um *story*²⁵.

Na prática, é possível observar o uso das *hashtags* #publi ou #ad nas postagens de alguns Influenciadores Digitais para identificar uma publicação como sendo uma publicidade. O problema de apenas sinalizar a publicidade desta forma é que não se pode garantir que esses termos sejam de conhecimento de todos os usuários das redes sociais. Em relação a hashtag #ad é ainda mais problemático, já que “ad” é uma abreviação da palavra advertising, que significa publicidade em inglês, assim, utilizando-se dessa hashtag deve-se esperar que no mínimo o consumidor compreenda a língua inglesa e relacione o seu significado a abreviação da palavra.

Diante disso, cria-se uma relação de vulnerabilidade do consumidor, haja vista que por terem confiança no diálogo com o influenciador, acabam confiando em suas dicas. As quais, muitas vezes, tratam-se de anúncios publicitários ocultos.

Visando a lisura, em 2017, o *Instagram* lançou um novo recurso com o objetivo de tornar as relações comerciais mais transparentes por meio da descrição “Parceria paga com” nas publicações patrocinadas por marcas. O recurso é disponível tanto para os posts quanto para os *Stories* com o objetivo de levar mais transparência aos usuários que seguem criadores de conteúdo/Influenciadores Digitais²⁶. Contudo, na prática, muitos influenciadores não utilizam deste recurso.

Neste sentido, deve o influenciador caracterizar a publicidade para que o público a quem é dirigida a mensagem consiga, de plano, identificá-la como tal, em meio às demais informações que porventura sejam divulgadas ou veiculadas pelos mesmos meios de comunicação²⁷.

Questões como essa são facilmente observadas nos perfis do *Instagram*, já que os influenciadores utilizam a mesma rede para fazer publicidade e postar o seu dia a dia, tornando difícil aos consumidores discernir aquilo que é uma simples opinião pessoal daquilo

²⁵ INSTAGRAM. **Como usar o instagram stories**. [S.I.] [2019?]. Disponível em: <https://about.instagram.com/features/stories>. Acesso em 18 maio 2022.

²⁶ JULIO, Karina Balan. O Instagram cria selo para evidenciar conteúdo pago. **Meio & Mensagem**. [S.I.] 14 jun. 2017. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/midia/2017/06/14/instagram-cria-selo-para-evidenciar-parcerias-entre-marcas-e-influenciadores.html>. Acesso em: 18 maio 2022.

²⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 271.

que é publicidade. O ocultamento do caráter publicitário que viola esse princípio encontra-se a espécie de publicidade simulada, também chamada de subliminar, clandestina ou oculta²⁸.

Agindo assim, os Influenciadores Digitais criam cenários, ocasiões, em que a publicidade é inserida de forma tão natural que, não fosse o aviso legal de que se trata de uma propaganda, dificilmente seus seguidores identificariam seu real caráter. Neste sentido, necessária se torna a identificação, no momento efetivo da publicação e que esta seja de fácil entendimento, ficando claro aos seus seguidores que há naquela postagem alta carga de parcialidade.

Paulo Jorge Scartezzini Guimarães²⁹, citando Luiz Antônio Rizzatto Nunes³⁰ ainda salienta que sua proibição não está relacionada a abusividade ou enganiosidade, já que estas podem nem estar presentes, mas sim, pelo fato de não permitir ao consumidor uma imediata identificação da publicidade³¹. Dessa forma, o consumidor pode ser lesado caso venha a consumir algum produto e que as qualidades não correspondam com o que foi exposto pelo influenciador.

Neste âmbito, segundo a pesquisa “*Creators & Marcas*”, realizada pela *YouPix* e pela *BRUNCH*, os 152 (cento e cinquenta e dois) Influenciadores Digitais foram perguntados se alguma marca já pediu para que não avisassem que o post era patrocinado. Em uma escala de 0 (zero) a 100% (cem por cento), 36% (trinta e seis por cento) dos Influenciadores Digitais afirmou que ao menos uma marca já pediu para que não fosse avisado que o conteúdo estava sendo patrocinado³².

Nesse sentido, objetivando definir regras para as ações publicitárias realizadas online, principalmente as desenvolvidas por Influenciadores Digitais, e visando proteger o consumidor, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar) lançou, em 2020, o Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais.

A primeira parte do guia define o que caracteriza a publicidade feita por um influenciador: divulgação de produto, serviço, causa ou outro sinal a ele associado;

²⁸ DIAS, Luciana Ancona Lopez de Magalhães. **Crítérios para avaliação da ilicitude na publicidade**. 2011. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 63-65.

²⁹ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que delas participam. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 143.

³⁰ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 115.

³¹ Ibidem.

³² YOUPIX; BRUNCH. **Pesquisa Creators & Marcas**. São Paulo: YouPix, 2019. Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/19529/1557321641YOUPIX_BRUNCH_Pesquisa_CriadoresDinheiro2019.pdf. Acesso em 20 maio 2022.

compensação ou relação comercial, ainda que não financeira, com anunciante e agência, e ingerência por parte deles sobre o conteúdo da mensagem.

Um dos pontos que o guia enfatiza é a necessidade de o conteúdo ser identificado como publicidade, sugerindo a sinalização por meio de palavras como "publicidade", "*publipost*" e "publi". Outro ponto destacado no guia é a importância de agências e anunciantes moverem esforços para informar o influenciador a respeito das regras do Código de Autorregulamentação e dos cuidados que devem ser tomados com a postagem.

Contudo, na prática, o guia não é obedecido pela maioria dos Influenciadores Digitais. Nesse cenário em que o comportamento adotado pelos influenciadores confunde seus seguidores quanto à veracidade das publicações, sem deixar claro se a postagem se trata de um conselho amigo ou de uma publicidade. Passou-se, então, a analisar os pressupostos configuradores da responsabilidade civil, objetivando compreender se poderia ou não o Influenciador Digital ser enquadrado como fornecedor de produtos e, por consequência, ser responsabilizado por suas atitudes frente seus seguidores/consumidores.

Assim, devem ser analisados os pressupostos, para concluir se o influenciador voluntariamente decidiu a maneira de se comunicar com seus seguidores, escolhendo se omitir quanto ao caráter publicitário de suas postagens, assim cumprindo o primeiro requisito, a ação.

Sequencialmente, deve-se pesquisar os diferenciados os tipos de dano, material e imaterial, verificando se a conduta praticada pelo influenciador pode gerar dano patrimonial, quando o dano tem um valor econômico imediato, e dano imaterial, quando atinge direitos de personalidade, não olvidando que uma mesma conduta possa ensejar as duas espécies de lesão.

3. A ATIVIDADE PUBLICITÁRIA

3.1 Publicidade e Propaganda

Primeiramente, se faz necessário esclarecer que, apesar dos conceitos de publicidade e de propaganda serem distintos, a legislação brasileira dispõe como se fossem sinônimos. O equívoco se encontra na finalidade de cada uma. Enquanto a publicidade é uma ferramenta de

comunicação que tem como finalidade o comércio, a propaganda tem como finalidade a simples divulgação. Conforme leciona Luciana Ancona ³³

O objetivo econômico que se pretende provocar no ânimo do consumidor é inerente ao conceito de publicidade, motivo pelo qual essa técnica de incentivo ao consumidor encontra-se regulamentada no Código de Defesa do Consumidor a fim de evitar possíveis abusos pelos fornecedores. Dar publicidade a uma mercadoria é, no âmbito das relações econômicas, muito mais do que tornar aquele produto de conhecimento geral, mas consiste em criar o interesse de aquisição no consumidor.

A propaganda, por sua vez, também é vista como uma ferramenta de persuasão, no entanto, sem conotação econômica, objetivando a divulgação de ideias. Acerca da propaganda, Luciana Ancona ³⁴ assevera que:

A propaganda, por outro lado, também é técnica de persuasão, porém sem nenhum intuito econômico a priori. A influência que visa exercer sobre o homem é no sentido de adesão a alguma ideia política, religiosa ou cívica, retomando, portanto, a ideia original de propagar, difundir, alastrar, disseminar. (grifo da autora)

Analisando o Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, define a propaganda como : "a técnica de criar opinião pública favorável a um determinado produto, serviço, instituição ou ideia, visando orientar o comportamento humano das massas num determinado sentido". ³⁵

O publicitário Eugênio Malanga, por sua vez, define a publicidade como "a arte de despertar no público o desejo de compra, levando-o à ação" .³⁶ Assim, restam claras as principais diferenças entre os conceitos de publicidade e propaganda.

³³DIAS, Luciana Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e direito. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 40.

³⁴Ibidem.

³⁵ CONSELHO EXECUTIVO DE NORMAS-PADRÃO (CENP). Código de Ética dos Profissionais da Propaganda. Outubro de 1957 São Paulo, CENP. Disponível em [http://www.cenp.com.br/PDF/Legislacao/Codigo de etica dos profissionais_da propaganda.pdf](http://www.cenp.com.br/PDF/Legislacao/Codigo%20de%20etica%20dos%20profissionais_da%20propaganda.pdf). Acesso em: 10 de maio de 2022.

³⁶ MALANGA, Eugênio. Publicidade: uma introdução. 4. Ed. São Paulo: Edima, 1987, p.11.

3.1.1. Os princípios da Publicidade

Acerca da publicidade, se faz necessário observar os princípios que a forjam. Considerando seu caráter mercantil, a publicidade tem parte de sua regulamentação disposta no Código de Defesa do Consumidor em seu art. 36³⁷.

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Do referido dispositivo legal é possível extrair, de plano, o princípio da identificação da mensagem publicitária. Esse princípio assegura que a mensagem transmitida através da publicidade não deverá demandar capacitação técnica para ser compreendida.

Além disso, o aludido princípio é uma tradução do dever de transparência nos quais são pautadas as relações de consumo. Nesse mesmo sentido, Cláudia Lima Marques³⁸ assevera que este princípio "tem sua origem justamente no pensamento de que é necessário tornar o consumidor consciente de que ele é o destinatário de uma mensagem patrocinada por um fornecedor, no intuito de lhe vender algum produto ou serviço". Daí decorre a prática de sinalizar os posts realizados pelos Influenciadores Digitais e, destinados à publicidade, com a hashtag "publipost".

Ademais, o CDC também trata acerca da veracidade das informações nos atos de publicidade. O art. 6º principalmente, traduz em seus incisos III e IV³⁹ esse princípio.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição,

³⁷ BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm> Acesso em: 10 de abr. 2022.

³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações de contratuais. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 674.

³⁹ BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm> Acesso em: 10 de abr. 2022.

qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

O princípio da veracidade tem o objetivo de eliminar o que é conhecido como publicidade enganosa. O Código de Defesa do Consumidor também prevê, em uma série de dispositivos, a obrigatoriedade da veracidade nas publicidades realizadas.

Nesse sentido, o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor também prevê a necessidade de conter, na oferta, as informações do produto ou serviço de maneira completamente correta e precisa. Ainda, no ordenamento jurídico pátrio, há a previsão do princípio da vinculação da oferta pública. Esse princípio torna obrigatório o cumprimento pelo anunciante das condições propostas no ato da oferta.

O princípio da não abusividade, apesar de possuir conceito amplo, é um dos mais efetivos. Em seu art. 37, §2º, o Código de Defesa do Consumidor define os parâmetros de uma atividade publicitária abusiva. Nas palavras de Luciana Ancona⁴⁰ referido dispositivo legal representa uma espécie de condição geral para as relações de consumo:

O §2º do art. 37 institui para as relações de consumo o princípio geral da não abusividade ao vedar qualquer forma de publicidade que atente contra os valores éticos e morais da sociedade, em desrespeito ao consumidor, ou que possa induzi-lo a se comportar de forma prejudicial a sua saúde e segurança.

A publicidade também conta com o princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor anunciante. Esse princípio atribui ao anunciante provar a adequação de sua publicidade às normas legais, assim dispõe o art. 38 do Código de Defesa do Consumidor.

Cumpra esclarecer que esse princípio está traduzido no disposto no inciso VIII do art.6º do Código de Defesa do Consumidor⁴¹ que prevê:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

⁴⁰ DIAS, Luciana Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e direito. 3.d. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 104

⁴¹ BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm> Acesso em: 10 de abr. 2022.

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Ainda com relação aos princípios da publicidade, temos dois princípios que apresentam certa discussão: o princípio da correção do desvio publicitário e o princípio da não captura do consumidor.

O princípio da correção do desvio publicitário, conforme leciona Ancona⁴²:

Consiste em medida que objetiva desfazer no imaginário dos consumidores a mensagem abusiva ou a qualidade enganosa do produto anunciado, especialmente em situações nas quais o fornecedor divulgou a peça publicitária por longo tempo, tornando-a capaz de permanecer no imaginário do público consumidor mesmo após a sua cessão. Daí a necessidade de se desfazer a falsa imagem ou a abusividade por meio da medida corretiva.

Como decorrência desse princípio, temos os arts. 56, XII e 60 do Código de Defesa do Consumidor⁴³ que preveem a contrapropaganda como uma infração da qual decorrem uma série de penalidades.

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

VII - suspensão temporária de atividade;

Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

A polêmica que acomete esse princípio diz respeito à aplicação de multa tanto na via judicial como na via administrativa - simultaneamente. Há o entendimento de que a multa só poderá ser aplicada na via administrativa. No entanto, o entendimento majoritário é no sentido de que a imposição de multa é admitida em ambas as vias.

⁴² DIAS, Luciana Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e direito. 3.d. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 108

⁴³ BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm> Acesso em: 10 de abr. 2022.

Por fim, temos o princípio da não captura do consumidor. De plano, é importante destacar que a expressão "não captura", na verdade, diz respeito só à captura realizada de maneira abusiva. A título exemplificativo, temos a invasão da privacidade do consumidor, a fim de identificar suas preferências, violando sua proteção de dados. O envio desenfreado de mensagens de texto e ligações de telemarketing também configuram captura abusiva⁴⁴.

3.2 A Atividade Publicitária Ilícita

Além de dispor acerca dos princípios e sujeitos da atividade publicitária, o Código de Defesa do Consumidor discrimina, em seu art. 37, as ilicitudes que possivelmente possam macular a atividade publicitária.

Depreende-se daquele dispositivo legal que, a ilicitude da atividade publicitária pode ser traduzida em duas modalidades: (i) publicidade enganosa e (ii) publicidade abusiva. Com efeito, apesar do dispositivo legal apresentar certa amplitude, é importante destacar que, o conceito amplo possibilita que as mais variadas formas de publicidade sejam submetidas ao controle do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, considerando a dinâmica acelerada com que a atividade publicitária se transforma - até mesmo para acompanhar as transformações sociais - a imposição de cláusulas gerais facilita e garante o controle de seu conteúdo.

A publicidade enganosa é aquela capaz de causar certa deturpação no que se refere à concepção do consumidor. Essa deturpação é capaz de omitir certas condições ou características de um produto ou serviço que, se o consumidor tivesse conhecimento, não procederia à compra do produto. Nas palavras de Luciana Ancona⁴⁵

A publicidade enganosa tem por efeito gerar uma distorção no processo decisório dos consumidores, induzindo-os em erro quanto às reais características do produto ou serviço anunciado ou de suas condições de contratação, seja pela inexatidão ou falsidade das informações veiculadas, seja pela omissão de dados relevantes. A proteção do consumidor contra esse tipo de publicidade ilícita encontra fundamento na própria validade da futura relação de consumo. Sendo o consentimento do indivíduo informado pressuposto de validade do negócio de consumo, procura-se, com a vedação legal, assegurar que a escolha do consumidor se manifeste de modo

⁴⁴ DIAS, Luciana Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e direito. 3.d. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 110

⁴⁵ Ibidem..

consciente, sem engano ou surpresas em relação aos produtos ou serviços contratados.

Considerando, novamente, a natureza dúplice da atividade publicitária, é certo que as ilicitudes aqui indicadas também são consideradas quando se tratar da atividade publicitária entre as empresas, no âmbito concorrencial. Nesse sentido, Luciana Ancona também assegura⁴⁶:

Ainda nesta parte introdutória, lembramos que a publicidade enganosa consiste em prática repugnada não apenas para a defesa do consumidor como também no âmbito das empresas, podendo ensejar, nesse aspecto, ilícitos civil e penal, nos termos, por exemplo, da Lei de Concorrência Desleal (art. 195 da Lei n. 9.279/96). Com efeito, embora o art. 37 do CDC não tenha disposto quando aos direitos dos concorrentes contra a publicidade enganosa de terceiros, proteção essa que constou expressamente, por exemplo, da Diretiva Europeia 2006/114/CE, recepcionada nas legislações de diversos Estados-membros, é certo que uma publicidade enganosa pode gerar inúmeros prejuízos ao mercado como um todo e atingir os interesses provados das empresas, seja pelo desvio da clientela que pode causar, seja pelo denigramento da imagem da empresa concorrente, reprimindo a Lei n. 9.279/96 referidas condutas desleais.

A atividade publicitária abusiva, por sua vez, resta configurada quando há violação a valores e direitos básicos, de modo que, seu sancionamento proíbe qualquer publicidade que possa induzir o consumidor a adotar comportamento prejudicial à saúde ou segurança (art. 37, § 2)⁴⁷

3.2.1 A Atividade Publicitária Abusiva

Aqui trataremos, especificamente, da publicidade abusiva e dos requisitos para sua caracterização. Quando tratamos de um ato abusivo, automaticamente, somos remetidos à ideia de extrapolação de limites e violação de valores. Assim, o abuso está inserido na maneira como a atividade publicitária se deu, objetivando, portanto, reprimir os atos praticados em dissonância com os valores de uma determinada sociedade.

Ademais, deve ser considerado que os valores de uma sociedade estão em constante mudança para acompanhar suas transformações históricas. Nesse sentido, Mário Júlio de Almeida Costa consigna que os atos abusivos são aqueles contrários aos bons costumes que, por sua vez, podem ser definidos como "conjunto de regras de convivência que, num dado

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem.

ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e corretas aceitam comumente”⁴⁸. A fim de facilitar a identificação do ato abusivo, a doutrina fez certas classificações de acordo com o quanto disposto pelo ordenamento jurídico vigente.

A primeira delas é a publicidade discriminatória. Tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária em seus arts. 37, §2º e 20, respectivamente, reprimem os anúncios capazes de implicar em qualquer ofensa ou discriminação.

Isso não significa, portanto, que a publicidade não deva ser direcionada ou até mesmo deixar de atender suas características específicas, mas somente não violar o princípio da igualdade, possuindo conotação vexatória e preconceituosa. Assim, cabe ao intérprete o sopesamento dos princípios e a análise casuística de cada situação para aferir eventual ocorrência de ato abusivo.

Na sequência temos a atividade publicitária que implica em incitação à violência, exploração do medo ou da superstição e desrespeito a valores ambientais. Essa modalidade de publicidade abusiva também está prevista no parágrafo 2º do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor.

Se faz necessário esclarecer que, para caracterização desse tipo de abuso, basta a identificação de potencial incitação à prática de atos violentos ou, até mesmo, contrária à preservação de valores fundamentais resguardados pela sociedade. Essa modalidade também reprime a atividade publicitária que explora o medo como forma de induzir o consumidor a adquirir determinado produto. No entanto, assim como a incitação à violência, a publicidade veiculada precisa ter o condão de estimular a o medo, não bastando a mera veiculação da mensagem, sem possível resultado⁴⁹.

Nesse mesmo sentido, a exploração da superstição como forma de aumentar o consumo também é caracterizada como atividade abusiva. Isso porque, manipular uma crença com objetivo de instigar o indivíduo a adquirir um produto ou serviço, viola a intimidade do consumidor e explora a fraqueza do consumidor.

⁴⁸ COSTA, Mário Julio de Almeida. Direito das obrigações. São Paulo: Editora, 2009, p. 69-70.

⁴⁹ DIAS, Luciana Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e direito. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

De igual modo, a publicidade que veicular qualquer mensagem contra o meio ambiente deve ser vetada. A preservação e o zelo pelo meio ambiente é um direito-dever previsto no art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Assim, não é admissível uma atividade publicitária que instigue direitos e deveres constitucionais em detrimento de um interesse econômico.

Também é abusiva a publicidade que valer-se da condição de inexperiência de uma criança para despertar nela o interesse por determinado produto. Como explanado anteriormente, um dos princípios que regem a atividade publicitária é o princípio da identificação da mensagem publicitária. A criança não possui o discernimento necessário para identificar quando o conteúdo consumido se trata, na verdade, de publicidade.

Por fim, como prática abusiva, temos a indução do consumidor a comportamento prejudicial ou perigoso à sua saúde ou segurança. A vedação a essa prática também está condicionada à demonstração de seu potencial para indução. Nas palavras Luciana Ancona⁵⁰:

A publicidade se mostra, portanto, abusiva quando apresenta potencialidade de induzir os consumidores a negligenciarem as regras normais de prudência e vigilância, levando-os a comportamento perigoso ou irresponsável. Tratando-se de produto perigoso ou potencialmente nocivo, deve ainda a publicidade advertir para os riscos de sua utilização.

3.2.2 Publicidade simulada

O Código de Defesa do Consumidor não faz menção direta à publicidade simulada, mas veda indiretamente este tipo de publicidade em seu artigo 36 ao estabelecer que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.” Trata-se da vedação, por ilicitude, da publicidade tida como publicidade subliminar, ou velada/clandestina, que consiste no repasse de informações que parece que não é publicidade, mas, na verdade, é publicidade.

O referido dispositivo, conforme Michelle Barreto⁵¹ é o que se convencionou como princípio da identificação da mensagem publicitária, o qual se reconhece ao consumidor o direito de ser informado a respeito da natureza publicitária da mensagem que lhe é dirigida.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ PASSOS, Michelle Barreto. **O controle jurídico da publicidade ilícita**. 1. ed. Goiânia, Edição do Autor, 2013. *E-book*.

Entende-se que a finalidade principal do artigo mencionado é conscientizar o consumidor de que o conteúdo que lhe está sendo repassado objetiva atividade comercial.

Seguindo a mesma linha, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária⁵², no artigo 9º estabelece que a atividade publicitária deve ser sempre ostensiva: “a atividade publicitária de que trata este Código será sempre ostensiva, com indicação clara da marca, da firma ou da entidade patrocinadora de qualquer anúncio ou campanha.” Ademais, o seu artigo 28, estabelece que “o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for sua forma ou seu meio de veiculação.”

A condição expressa nesses artigos tem fundamento no poder de influência exercido pelos veículos publicitários em relação ao consumidor, levando-o a adquirir um produto ou serviço de maneira impulsiva, uma vez que:

"[...] a veiculação de mensagem publicitária subliminar atua no estímulo inconsciente da psique humana por meio do alojamento no subconsciente de informações tendenciosas ao consumo de determinado produto e/ou serviço, que por sua vez proporcionam um comportamento consciente, coerente com o estímulo recebido"⁵³

Nos casos em que o caráter publicitário é disfarçado ou dissimulado, estar-se-á frente ao desrespeito à norma supracitada. Nesse sentido, a utilização de tal estratégia pelos influenciadores acarreta na ilicitude do ato. Como foi explicitado, esses profissionais aproveitam-se de momentos para criar um contexto em que a publicidade é mascarada, levando seus seguidores a crerem que, na verdade, trata-se de um gosto ou opinião pessoal.

No Instagram, a utilização desse artifício é recorrente. Nesta rede social, os influenciadores valem-se dos stories para criar narrativas com envolventes, sem explicitar o caráter publicitário, sem declaração ostensiva da marca, configurando a comunicação subliminar.

⁵²CONAR. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária Código e Anexos, 1978, Disponível em <<https://www.gov.br/secom/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/ca2digobrasdeautoregulanovo.pdf>> acesso em: 22 de maio de 2022.

⁵³ BARBOSA, Laís Ramos. A (im)possibilidade de responsabilização civil de “digital influencers” pela realização de publicidade velada à luz do código de defesa do consumidor. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 18, n. 1, p. 247-274, abr./jun. 2019.

3.3 Regulamentação da Publicidade

O caráter dúplice da publicidade faz com que ela possua uma regulamentação de acordo com cada lado. Primeiramente, temos a publicidade como vista desde o início da civilização: um meio de comunicação.

A publicidade é abrangida pela Constituição Federal de 1988 com o princípio da liberdade de expressão, especificamente nos arts. 5º, inciso IX e 220.

Isso porque, a publicidade, quando analisada sob o princípio da liberdade de expressão, é concebida como uma manifestação de ideias que tem como finalidade informar o consumidor acerca da existência e benefícios de um determinado produto. Assim assevera Heloisa Carpena⁵⁴ : “Com efeito, o objetivo comercial não macula o discurso publicitário, não o desabilita à proteção contra a censura estatal visto que constitui, sem dúvida alguma, pura expressão do pensamento e da criatividade humana”

Assim, a publicidade também é concebida como uma forma de expressão capaz de refletir, inclusive, os anseios e a cultura de uma sociedade, diferentemente de seu caráter econômico.

Por força de sua natureza econômica, a publicidade também encontra respaldo nas normas atinentes à ordem econômica, especificamente no art. 170, caput e inciso IV da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, a Constituição Federal Brasileira se mostra a maior guardiã da publicidade, abarcando sua natureza dúplice. As demais normas acerca da publicidade, como o Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, decorrem e atendem ao disposto na Lei Maior.

⁵⁴CARPENA, Heloisa. Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva. Revista Direito do Consumidor, v. 35, São Paulo: RT, jul-set. 2000, p. 126.

4. O CONTROLE DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA

A atividade publicitária é essencial para os negócios. É por meio dela que as empresas apresentam seus produtos e serviços, a fim de atrair potenciais clientes. Tendo fundamental papel econômico, é necessário que haja controle dessa atividade exercida por empresas e agentes publicitários.

Ao discutir qual o modelo de controle da atividade publicitária adotado pelo Brasil, Benjamín⁵⁵ divide em três as possíveis formas, sendo elas: o modelo auto-regulamentar; o modelo Estatal e o modelo misto.

Para o autor, a publicidade brasileira é regida por um sistema misto, realizado pelo Estado, através do Código de Defesa do Consumidor, e pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), por meio do CBAP. No entendimento do referido autor, o sistema misto de controle se justifica porque:

[...] parte-se do pressuposto de que a Autorregulamentação não exerce sobre os seus regulados uma autoridade suficiente ao ponto de tornar desnecessária a intervenção estatal, e que esta, ao ser aplicada isoladamente, apresenta igualmente riscos ao consumidor.⁵⁶

Corroborando com tal entendimento o próprio Estatuto Social do CONAR, ao estabelecer em seu artigo 61 que o controle da publicidade é feito no país através de um sistema misto, ao dispor: O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária é o conjunto de normas éticas que, subsidiariamente à legislação federal, integra o sistema misto de controle da atividade de propaganda comercial.

Em relação às demais formas de controle é interessante destacar as observações defendidas por Benjamín. Segundo ele, o modelo autorregulamentar se trata de um controle interno, no qual o próprio setor publicitário, através de códigos de ética e de órgãos próprios (privados) faz o controle dos abusos da publicidade.⁵⁷ Tal modelo não se adequaria à realidade brasileira, haja vista que ele dependeria unicamente das decisões do CONAR, as quais, em regra, só obrigam os seus associados⁵⁸, não vinculando os outros agentes do mercado.

⁵⁵ BENJAMÍN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O Controle Jurídico da Publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79062215.pdf>. Acesso em: 10 maiol 2022.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Artigo 8o O quadro associativo do CONAR será constituído, além das entidades fundadoras, por entidades representativas em âmbito nacional, de agências de publicidade, de veículos de comunicação e de anunciantes e, isoladamente, por agências de publicidade, veículos de comunicação e de divulgação que exibam publicidade e

No que se refere ao modelo estatal, os autores defendem que ele não se adequaria haja vista a morosidade decorrente da burocracia e formalismo da atuação estatal. Conforme depreende-se, há desvantagens em optar por um modelo em detrimento ao outro, por isso, a fusão entre eles seria a forma de controle ideal.

4.1 O controle auto-regulamentar exercido pelo CONAR

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) nasceu de uma ameaça ao setor: no final dos anos 70, quando o governo federal pensava em sancionar uma lei criando uma espécie de censura prévia à propaganda⁵⁹. Inconformados, representantes de vários setores da indústria da publicidade se aliaram com o intuito de impedir tal problemática.

Conforme prevê em seu Estatuto Social, o CONAR é uma associação de direito privado, apartidária, laica e sem fins lucrativos, organizada por agentes econômicos como anunciantes, agências publicitárias e veículos de comunicação que, espontaneamente, aderem ao quadro social. O conselho é composto por cinco órgãos distintos, sendo eles a Assembleia Geral, o Conselho Superior, a Direção Executiva, o Conselho de Ética e o Conselho Fiscal⁶⁰.

No que se refere a atuação, o Conselho de Ética, segundo o artigo 41 do Estatuto Social do CONAR, é o “órgão soberano na fiscalização, julgamento e deliberação no que se relaciona à obediência e cumprimento do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária⁶¹”. Dentre suas competências, estão receber, processar e julgar as representações por infração ao código e aos seus recursos, atuar como mediador, promovendo tentativas de conciliação entre as partes, aplicar as medidas e as providências previstas no Código aos infratores, além de aprovar e deliberar sobre alteração ou cancelamento de súmulas da jurisprudência firmada, conforme previsto no art. 43 do Estatuto Social⁶².

propaganda, empresas anunciantes, fornecedores da indústria de propaganda, e ainda por entidades da sociedade civil dotadas de personalidade jurídica e cujo estatuto guarde adequação e pertinência com os objetivos sociais do CONAR. (CONAR, 1980).

⁵⁹ <http://www.conar.org.br/sobre/index.php>

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem.

Ademais, de acordo com o artigo 50 do Estatuto Social, o Conselho de Ética age mediante representação, recebendo denúncias oferecidas por consumidores, outros associados do Conselho ou até mesmo membros do Conselho Superior ou pelo Vice-Presidente Executivo no CONAR.

Assim, após o recebimento da denúncia, o Conselho de Ética do CONAR se reúne para o julgamento, garantindo o direito à ampla defesa e ao contraditório do acusado. Em caso de procedência, o CONAR recomenda aos veículos de comunicação a correção da propaganda e, em casos extremos, a suspensão de sua exibição.

4.2 O Código de Defesa do Consumidor e a Atividade Publicitária

Fora do âmbito privado, que vincula os associados do CONAR, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) está para resguardar os direitos de quem é mais frágil em uma relação de consumo, ou seja, o consumidor. Neste caso, para sabermos quando caberá a incidência do CDC para controle de atividade publicitária, será preciso observar a relação forjada entre as partes.

Observando o CDC, nota-se necessária a presença de alguns elementos para que seja caracterizada a relação de consumo. Destarte, é necessário que na relação estejam presentes: consumidor e fornecedor, nos termos definidos no CDC; o objeto da relação seja produtos ou serviços e por fim, que o consumidor que esteja realizando a compra a faça como destinatário final do produto ou serviço.

Seguindo o mesmo raciocínio, Rizzatto Nunes⁶³, esclarece que "estar-se-á diante de uma relação jurídica de consumo sempre que for possível identificar nos polos de interesses da relação duas partes bem definidas: de um lado o consumidor e do outro o fornecedor, transacionando produtos e serviços."

4.2.1 A definição de consumidor

⁶³ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

O Código de Defesa do Consumidor por intermédio dos artigos 2, *caput* e seu parágrafo único e dos artigos 17 e 29, definiu juridicamente o consumidor. Segundo o artigo 2º do CDC: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final.” Trata-se da definição do consumidor padrão, ou seja, todo aquele que adquire, como também todo aquele que ainda não tenha o adquirido⁶⁴.

O parágrafo único do artigo 2º, amplia a definição dada no *caput* ao equiparar a ele a coletividade de pessoas, ainda que não identificados e que tenham, de alguma maneira, participado da relação de consumo, refere-se ao consumidor equiparado ou *Bystander*⁶⁵. Neste caso, não há a necessidade da existência de um ato de consumo, assim entendido como a aquisição ou utilização direta de um produto ou serviço, bastando, para se incidir as normas consumeristas, que o sujeito esteja exposto na condição de integrante de uma coletividade, as práticas dos fornecedores no mercado de consumo⁶⁶.

No artigo 17 do CDC, surge outra definição. Neste caso, o legislador equipara o consumidor às vítimas de acidente de consumo, mesmo que estas não tenham sido consumidoras diretas.

Por fim, no artigo 29 do CDC, o consumidor equiparado é definido como todo aquele exposto às práticas comerciais. Rizzatto Nunes explica que "da simples existência de qualquer prática comercial, que dizem respeito a oferta, publicidade abusiva, aos bancos de dados, dentre outros, previsto no CDC, toda a coletividade de pessoas, por si só, está potencialmente a ela exposta, mesmo que não se possa identificar um único consumidor real que pretenda insurgir-se a tal prática⁶⁷." O autor exemplifica sua tese com a seguinte situação:

[...] se um fornecedor faz publicidade enganosa e se ninguém jamais reclama concretamente contra ela, ainda assim isso não significa que o anúncio não é enganoso, nem que não se possa – por exemplo, o Ministério Público – ir contra ele. O órgão de defesa do consumidor, agindo com base na legitimidade conferida pelos arts. 81 e s. do CDC, pode tomar toda e qualquer medida judicial que entender necessária para impedir a continuidade da transmissão do anúncio enganoso, para punir o anunciante etc., independentemente do aparecimento real de um consumidor contrariado.

⁶⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 158.

⁶⁵ *Bystander*, termo em inglês, traduzido como "expectador". A doutrina consumerista usa o termo como sinônimo para o consumidor quanto o fornecedor por equiparação.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Em suma, depreende-se a existência de dois grupos de consumidores, o padrão, sendo o sujeito reconhecido como destinatário final do produto/serviço na relação de consumo; e o equiparado, reconhecido como todos aqueles que, ora participem da relação de consumo, ora sejam vítimas de um evento danoso ou expostos à práticas comerciais, ainda que não identificados como consumidores reais.

4.2.2 A definição de Fornecedor

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º, *caput*, apresenta a definição jurídica de fornecedor, como se vê⁶⁸:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Ademais, para que ocorra a caracterização da qualidade de fornecedor é necessário que a atividade desenvolvida seja tipicamente profissional. Neste sentido, segundo Flávio Tartuce⁶⁹ é:

“o desenvolvimento de uma atividade, que vem a ser a soma de atos coordenados para uma finalidade específica, que interessa para a caracterização do fornecedor ou prestador de serviços. Para tanto, tem-se como requisito a habitualidade, não podendo ser tido como fornecedor ou prestador de serviços aquele que atua de forma isolada ou esporádica, ou seja, um ato ocasional.”

4.2.3 Fornecedor por equiparação

A classificação do Influenciador Digital como fornecedor equiparado foi utilizada pela doutrina com o intuito de alargar o conteúdo jurídico e ampliar o conceito de fornecedor, aumentando assim, o nicho de atuação do diploma consumerista.

Como foi demonstrado anteriormente, o CDC considera como fornecedores todos aqueles que participam da cadeia de fornecimento de produtos e serviços, sem se importar com sua relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual, com o consumidor. Em

⁶⁸BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm> Acesso em: 10 de abr. 2022.

⁶⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018, p. 177.

outras palavras, define os fornecedores como sendo todos os profissionais da cadeia de fornecimento.

Nesse sentido, Flávio Tartuce apresenta o fornecedor equiparado como “um intermediário na relação de consumo, com posição de auxílio ao lado do fornecedor de produtos ou prestador de serviços”. Assim, pode-se afirmar que existe a relação de consumo principal e uma relação de consumo acessória.

Dessa forma, a inclusão dos Influenciadores Digitais como fornecedores por equiparação justifica-se na existência de uma relação de consumo entre o criador de conteúdo e seus seguidores, tornando-os assim, parte integrante da relação de consumo.

Para Cláudia Lima Marques, essa figura é “aquele terceiro na relação de consumo, um terceiro apenas intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, mas que atua frente a um consumidor ou a um grupo de consumidores como se fornecedor fosse⁷⁰”. Leonardo Bessa acrescenta ao conceito de fornecedor equiparado às atividades publicitárias, para ele, “o anunciante, no caso, é um fornecedor equiparado e está sujeito, portanto, à disciplina do CDC (LGL\1990\40)⁷¹”

Assim, é possível afirmar que os Influenciadores Digitais podem ser equiparados ao fornecedor de produtos e serviços, haja vista a criação de conteúdo e a ampla divulgação de produtos e serviços de consumo em suas redes sociais.

Diante disso, assevera Ana Paula Gasparatto ao entender que “deve-se atribuir aos influenciadores responsabilidade de reparação frente aos consumidores, em razão da indicação de produtos e serviços. Eis que tais pessoas possuem grande poder de influência, além de contarem com a confiança de seus seguidores⁷²”

No mesmo sentido, Pedro Neiva afirma⁷³:

⁷⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe.

Manual de direito do consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 104.

⁷¹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Fornecedor equiparado.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 16, n. 61, jan.-mar. 2007.

⁷² GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos.

Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 19, n. 1, jan.-abr. 2019. p. 72. Disponível em:

[<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6493/3396>]. Acesso em: 09.06.2022.

⁷³ NEIVA, Pedro. 2020. **A responsabilidade civil do influencer digital e a vulnerabilidade do consumidor.** 2020. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depeso/324535/a-responsabilidade-civil-do-influencer-digital-e-a-vulnerabilidade-do-consumidor]. Acesso em: 09.06.2022

Os Influenciadores Digitais, figuram na posição de garantidores, em relação aos produtos e serviços indicados. Ou seja, em casos que as informações, qualidades, vantagens, atribuídas ao produto/serviços não corroborem com a realidade, a agravante da persuasão e posição de autoridade, dos influenciadores figura de modo negativo e prejudicial ao consumidor, violando a boa-fê e a confiança.

O enquadramento do influenciador digital como fornecedor por equiparação é evidenciado, também, pelo fato de que as atividades de divulgação e circulação de produtos auferem lucro a esses profissionais. Nesse sentido, é válido destacar que nem sempre a contraprestação é feita em pecúnia, pois muitas vezes são recompensados através de presentes e brindes dos patrocinadores - os chamados “recebidos”.

Em outra esfera, a deontológica, o próprio CONAR, em seu Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais: “[...] considerada para a autorregulamentação publicitária a mensagem de terceiro destinada a estimular o consumo de bens e/ou serviços, realizada pelos chamados Influenciadores Digitais, a partir de contratação pelo Anunciante e/ou Agência.” (Grifou-se). Atribuindo ao Influenciador Digital o conceito utilizado para configurar o fornecedor equiparado.

Nesse contexto, o Influenciador Digital deve estar ciente dos direitos e deveres aplicados aos fornecedores de produtos e serviços contidos no CDC, bem como ao Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais criado pelo CONAR, a fim de não causar danos e consequentes responsabilizações.

Para o presente trabalho, tal doutrina é a mais assertiva, haja vista que os conceitos de fornecedor por equiparação e Influenciador Digital convergem no sentido de serem os sujeitos que aproximam as marcas dos consumidores com intuito de estreitar os laços na relação consumerista e influenciar no processo decisão de compra.

4.3 O controle da Atividade Publicitária pelo exercido pelo Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu em seus dispositivos uma série de princípios que regem a atividade publicitária. As consequências de eventual violação a esses princípios também são regidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ressalta-se que o referido diploma legal busca reger, principalmente, a atividade publicitária incidente nas relações de consumo, sejam elas individuais ou coletivas - também conhecida como tutela difusa - no entanto, nada impede sua análise sob o prisma econômico e concorrencial, dada sua natureza dúplice.

Considerando que a publicidade é um meio de comunicação, a mensagem por ela traduzida deve estar de acordo com as regras e princípios estabelecidos na legislação vigente. Nota-se, atualmente, a classificação do teor da mensagem passada pela atividade publicitária em duas frentes: (i) institucional e (ii) comercial. Enquanto a mensagem institucional está voltada para a reputação de uma empresa, a comercial está voltada para a comercialização de produtos e serviços.

Luciana Ancona ⁷⁴, assevera que:

A chamada publicidade institucional, muito embora não apresente em seu conteúdo a divulgação direta de produtos ou serviços, deve ser compreendida como modalidade da mensagem publicitária, já que a fixação da imagem positiva da empresa fornecedora perante os consumidores proporciona, sem dúvida, condições favoráveis à aceitação de seus produtos, auxiliando, de modo indireto, a produção de demanda. Essa modalidade de publicidade também pode conter mensagens abusivas e está sujeito ao controle do art. 37 do CDC.

Contudo, é necessário se atentar para o fato de que as mensagens institucionais só estão sujeitas ao controle do Código de Defesa do consumidor quando, de alguma forma, geram algum benefício de ordem econômica ao anunciante. Assim também aduz Luciana Ancona⁷⁵:

De fato, o comportamento econômico que se pretende provocar no consumidor, com incentivo à aquisição de bem ou utilização de serviço (relação de consumo), é o elemento fundamental que, de um lado, qualifica a publicidade comercial e, de outro, a diferencia da propaganda, que se propõe estimular, em regra, comportamento não econômico.

Desse modo, se uma empresa estatal utilizar da atividade publicitária para passar uma mensagem - sem cunho econômico - mas tão somente institucional, essa mensagem não estará sob o controle do Código de Defesa do Consumidor. No entanto, se essa mensagem tiver a

⁷⁴ DIAS, Luciana Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e direito. 3.d. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 59.

⁷⁵Ibidem.

finalidade de promover os serviços públicos por ele prestados, haverá o controle pelo referido diploma legal. Nas palavras de Luciana Ancona⁷⁶:

Nesse particular, cumpre chamar atenção para o fato de que as publicidades veiculadas pelo Estado, na condição de pessoa jurídica pública prestadora de serviços públicos aos consumidores (e, nesta hipótese, fornecedor, à luz do art. 3º do CDC), também estão compreendidas no controle jurídico de abusividade e enganabilidade. O Estado, por si ou por meio de suas empresas, no fornecimento de serviços públicos essenciais (telefonia, luz, banco, etc.) encontra-se em relação de consumo, recebendo tal atividade regulamentação específica no art. 22 do CDC e previsão constitucional no art. 175 da CF/88.

Além do controle da mensagem publicitária, o Código de Defesa do Consumidor também regula o destinatário de referida mensagem. O art. 2º prevê os requisitos para enquadramento na figura do consumidor, podendo ser pessoa jurídica ou física, desde que adquira ou utilize o produto como destinatária final.

Ainda, considerando que a atividade publicitária é realizada de forma coletiva, sem o objetivo de atingir uma única pessoa específica, o art. 29 do Código de Defesa do Consumidor trouxe os chamados consumidores por equiparação que, segundo sua redação expressa, são todas as pessoas expostas às práticas consumeristas,

Assim sendo, o dispositivo supracitado atribuiu às normas consumeristas o caráter difuso, de modo que, qualquer pessoa exposta às atividades publicitárias encontra proteção na legislação vigente.

4.4 Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais

O Código de Defesa do Consumidor é expresso ao prever a responsabilidade civil dos fornecedores - anunciantes - no entanto, existem controvérsias acerca da possibilidade de responsabilização das agências de publicidade e demais veículos. Que os Influenciadores Digitais são produto da sociedade de exposição, não restam dúvidas, contudo, não há - até o momento - regulamentação específica de suas atividades dentro do ordenamento jurídico pátrio.

⁷⁶ DIAS, Luciana Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e direito. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, P. 60.

É certo que a reparação de eventuais danos perante o consumidor e destinatário da atividade publicitária está prevista, principalmente, no art. 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, com o novo modelo de publicidade envolvendo vários agentes e veículos, surgem novas questões acerca dos possíveis responsáveis pela reparação do dano ao consumidor. Com a figura do Influenciador Digital, surgiram diversas correntes acerca de sua responsabilização.

Sabe-se que a indenização está condicionada à existência de dano decorrente de ato ilícito. Essa é a principal origem da responsabilidade civil. No entanto, considerando as diversas relações que agora permeiam a atividade publicitária, faz-se necessária a análise - observando os dispositivos legais aplicáveis - acerca do dever de indenizar nessas relações.

A principal fundamentação para a indenização de dano decorrente de publicidade ilícita, está no art. 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor. Conforme leciona Nelson Nery⁷⁷ :

O caráter objetivo da responsabilidade do fornecedor ressalta do texto do art. 6º, VI, quando não se exige, para que haja o dever de indenizar, a ocorrência de dolo ou culpa do fornecedor (...) Como consequência da locução ampla do art. 6º, VI, do Código, vê-se que qualquer que seja a natureza e origem dos danos causados ao consumidor, serão indenizáveis a título objetivo. Tanto a responsabilidade contratual quanto a aquiliana são de natureza objetiva, seja por inadimplemento contratual, acidente de consumo (fato do produto ou serviço - art. 12), vício do produto ou serviço por inadequação (art. 18), derivada da publicidade enganosa ou abusiva (art. 37) etc.

Para apuração do quantum a ser ressarcido, Luciana Ancona⁷⁸ delimita:

A verificação de dolo ou culpa do fornecedor poderá se mostrar útil apenas como parâmetro para o arbitramento do quantum indenizatório, mas não para fins de sua responsabilização civil, sempre existente quando demonstrada a relação de causalidade entre a publicidade e o dano.

Ainda, quanto à aplicabilidade do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, Luciana Ancona dispõe⁷⁹:

⁷⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, v. 1, São Paulo: RT, 1992, p. 212.

⁷⁸ DIAS, Luciana Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e direito. 3.d. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.401

⁷⁹ Ibidem.

Destarte, o que interessa efetivamente à subsunção do caso concreto ao art. 37 do CDC e seus parágrafos não é a vontade do agente (dolo ou culpa), mas os efeitos gerados (ou que potencialmente poderão efetivamente advir) de sua conduta proibindo-se o dispositivo legal em questão do resultado (ou seja, a indução dos consumidores em erro acerca das características do produto ou do serviço, a publicidade de conteúdo discriminatório etc.)

Nota-se, portanto, que o dever de indenizar não é automático, depende de uma série de pressupostos atinentes à responsabilidade, como por exemplo, a ação ou omissão do agente, o dano - seja individual ou coletivo - e o nexo causal.

No Brasil, atualmente, existem três teses a respeito do tipo de responsabilidade civil atribuída aos Influenciadores Digitais. Nesse sentido, há uma tese que defende a ausência de responsabilidade por parte destes agentes e outras duas que imputam a responsabilização subjetiva e objetiva, respectivamente. Vejamos:

A primeira tese defende a ausência de responsabilidade por parte dos influenciadores. Para seus defensores, os Influenciadores Digitais cumprem, apenas, ordens e que, por isso, somente o patrocinador é responsável pela reparação dos danos causados ao consumidor⁸⁰.

Assim, considerando que não cabe ao Influenciador Digital o cumprimento da oferta publicitária, vez que este não possui responsabilidade sobre sua produção e entrega, servindo como mero veículo da publicidade, sem qualquer controle sobre o conteúdo. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, teve o seguinte entendimento:

INDENIZATÓRIA - danos materiais e morais - contratação de empréstimo pela autora junto à Cooperativa ré em razão de anúncio radiofônico postulante que efetuou depósitos em contas correntes de terceiros sem receber o crédito - alegação de propaganda enganosa - veículo de comunicação (no caso a rádio) não responde por publicidade de anúncios abusivos ou enganosos, devendo a responsabilidade recair sobre os patrocinadores (CDC, art. 38) - todavia a Cooperativa anunciante também foi vítima de fraude não podendo ser responsabilizada pelo uso não autorizado de seu nome por terceiros danos materiais e morais não caracterizados demanda improcedente - confirmação da solução singular - aplicação do art. 252 do RITJSP - apelo improvido.” (TJSP; Apelação Cível 0034349-83.2011.8.26.0506; Relator (a): Jovino de Sylos; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/10/2017; Data de Registro: 29/11/2017).

⁸⁰ CÉSAR, Michael. A responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais na “era das lives”. ESMape/IBERC, 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_A9nIqEIVKk. Acesso em: 09.06.22

Contudo, o presente trabalho não segue esse posicionamento, pois ao isentar o Influenciador Digital da responsabilidade civil sob o argumento de que ele estaria “apenas seguindo ordens”, não se leva em consideração o fato de que os patrocinadores não fornecem um *script* a ser seguido. Na verdade, o que ocorre, na maioria das vezes, é o inverso, pois, o sucesso desse modelo publicitário é respaldado na liberdade e criatividade que esses agentes têm para desenvolver suas narrativas. Dessa forma, é infundada a tese de que o influenciador “apenas segue ordens”, quando na verdade possuem autonomia quanto à forma de abordagem do conteúdo publicitário.

A segunda tese sustenta a responsabilização de forma subjetiva. Para seus defensores, a teoria do risco se impõe aos fornecedores e que o influenciador não se enquadraria como um fornecedor, mas, como um representante do anunciante. Nesse sentido, o Influenciador Digital seria um profissional liberal que empresta sua imagem às marcas, sem ter conhecimento técnico para avaliar o produto ou serviço, por isso, deveria responder subjetivamente, ou seja, apenas se comprovada a culpa⁸¹. Essa teoria é embasada no §4 do art.14 do CDC que determina: A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Ante o exposto, é importante destacar que o profissional é o indivíduo que possui conhecimento técnico de natureza predominantemente intelectual sobre certa atividade. Há quem defenda que o conhecimento técnico desses agentes deve ser ratificado através de diploma expedido por instituição habilitada. Além disso, a relação *intuito personae*, referente ao vínculo de confiança entre o profissional e o cliente, também é considerada elemento da profissão liberal.

Nesse sentido, a fim de melhor classificar a figura do Influenciador Digital é importante, também, diferenciar as figuras do profissional liberal do profissional autônomo. O conceito de autônomo relaciona todas as atividades e profissões exercidas com poder de direção e com base no risco, enquanto o profissional liberal exige conhecimento técnico, regulamentação da profissão e relação de confiança entre o profissional e o destinatário do serviço.

⁸¹ CÉSAR, Michael. A responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais na “era das lives”. ESMape/IBERC, 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_A9nIqEIVKk. Acesso em: 09.06.22

Ademais, sabe-se que o marketing de influência exercido pelo Influenciadores Digitais é uma atividade recente e por isso sua profissão ainda não é regulamentada no Brasil, dessa forma um dos requisitos do profissional liberal é descumprido. Como foi abordado, há uma relação de confiança entre seguidores e influenciadores, mas não se pode atrelar a existência desse vínculo à confiança necessária para estabelecer a caracterização do profissional liberal, isso porque o destinatário do serviço prestado pelo influenciador não são seus seguidores, mas a empresa contratante.

Além disso, as empresas, na maioria das vezes, escolhem o Influenciador Digital de acordo com o seu engajamento com seus seguidores, e não com a capacidade de natureza técnica intelectual. Nesse sentido, segundo Paulo Jorge Guimarães, o Influenciador Digital é como uma celebridade e não pode ser enquadrado como um profissional liberal, visto que não são contratados pelas qualidades intelectuais ou técnicas que possuem, mas sim pela fama, beleza e prestígio. Doutrina ainda que esses profissionais são contratados pelos anunciantes e não pelos consumidores⁸².

Seguindo, ainda, a tese da responsabilidade subjetiva, Luciana Ancona, entende ser aplicável a responsabilização ao Influenciador Digital somente quando da constatação de dolo ou culpa grave destes:

Em qualquer hipótese, o anunciante responde tanto pela forma quanto pelo conteúdo das mensagens patrocinadas. Parece razoável, portanto, assumir que as celebridades (assim como os chamados "influenciadores de marketing") apenas respondam de modo subsidiário e se agirem com dolo ou culpa grave. Agem dolosamente e se endossam características por elas sabidamente enganosas e, mesmo assim emprestam sua imagem. Também se pode esperar, em certos casos, que a celebridade tenha a diligência de verificar a exatidão das informações prestadas antes de referendar o produto anunciado.

Entretanto, sobre o dever de diligência do influenciador, permeia a discussão acerca do grau de diligência. Isto é: exige-se uma diligência comum ou uma diligência com conhecimento técnico para tanto?

Na mesma obra, Luciana Ancona **sustenta** que:

⁸² GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 196.

Trata-se aqui, observe-se ainda, de uma diligência ordinária, da qual também não se exige qualquer conhecimento técnico ou expertise para compreensão da enganosidade ou abusividade (excetuadas as hipóteses em que a celebridade é o próprio expert ou perito no assunto). Em nenhuma situação, porém, poderá ser atribuída à pessoa testemunhante uma responsabilidade objetiva ou mesmo um cuidado externo na verificação de informações, cuja demonstração da veracidade, como dissemos, incube ao fornecedor-anunciante.

A terceira tese defende que os Influenciadores Digitais respondem de forma objetiva, sem a necessidade de comprovação de culpa. Para seus defensores, esses agentes fazem parte da cadeia de consumo e dela obtêm proveito econômico, caracterizando-se como um fornecedor por equiparação, pois é ele, o Influenciador Digital, que dá personificação à publicidade, atuando como um garantidor do produto ou serviço que anuncia.

Ademais, a inclusão do Influenciador Digital, como fornecedor equiparado foi abordada anteriormente, é embasada na existência de uma relação consumerista que envolve o influenciador e seus seguidores e na inclusão do profissional de influência como parte integrante da relação de consumo. Assim, sua caracterização como fornecedor por equiparação é consubstanciada na aproximação que ele possibilita entre a marca e o seu público alvo.

Sabe-se, ainda, que a regra geral do CDC é a responsabilização civil de forma objetiva, logo, o fornecedor de produtos e serviços, bem como o fornecedor por equiparação, respondem de forma objetiva pelos danos gerados, sem a necessidade de verificação de culpa.

Para melhor explicar a responsabilização dos Influenciadores Digitais, é importante salientar que existem duas esferas em que estes agentes podem ser responsabilizados: a esfera contratual e a esfera extracontratual. A responsabilização contratual decorre do firmamento de um contrato entre as partes. O inadimplemento ou inobservância do disposto no contrato, gera a obrigação de indenizar a parte ofendida, conforme disposto no art. 389 do Código Civil. Por isso, recomenda-se que ao estabelecer uma parceria ou trabalhos, os influenciadores e a marcas devem firmar um contrato, formalizando a relação, delimitando e esclarecendo a dinâmica e o funcionamento do trabalho prestado. Assim, fica evidente a existência de uma responsabilidade contratual entre Influenciadores Digitais e marcas.

Por outro lado, a responsabilidade decorrente das relações que dispensam contrato é denominada extracontratual e está prevista nos art. 186 e 927 do Código Civil. Pode ser

exemplificada na relação existente entre o Influenciador Digital e seus seguidores. Essa relação é embasada na confiança e não tem suporte em qualquer outro vínculo anterior, por isso, é facultado ao seguidor/consumidor lesado acionar o Judiciário na persecução de uma reparação civil em face do influenciador⁸³.

Conclui-se, portanto, que o Influenciador Digital deve estar de acordo com as exigências e recomendações feitas pelo CDC e pelo CONAR, respectivamente, referentes à necessidade de identificação do caráter publicitário de suas postagens nas redes sociais, frente aos seus seguidores. Caso não sejam observadas essas exigências e verificada a ocorrência de dano diretamente decorrente da conduta ilícita adotada pelo influenciador, em nome da proteção do consumidor, este deverá ser responsabilizado. Como foi explicado, isso se deve pelo fato da responsabilização do influenciador ser atribuída independente de culpa, já que este se enquadra como fornecedor por equiparação e possui relação extracontratual com seus seguidores, sendo a natureza jurídica da responsabilidade civil, neste caso específico, objetiva e extracontratual.

Nesse mesmo sentido posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1312486/DF⁸⁴:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DEVER DE INDENIZAR. CONFIGURAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nº 2 e 3/STJ). 2. A controvérsia diz respeito à ação de revisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção, com pedido de repetição do indébito. 3. No caso concreto, não subsiste a alegada ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, pois consta do acórdão recorrido o exame de todas as questões submetidas à apreciação judicial na medida necessária para o deslinde da controvérsia. 4. Na hipótese, o tribunal local entendeu que a agravante é parte legítima para figurar no polo passivo e que tem o dever solidário de indenizar. Rever tais conclusões esbarra nos óbices das Súmulas nº 5 e 7/STJ. 5. **É solidária a responsabilidade de todos os fornecedores que se beneficiem da cadeia de fornecimento,**

⁸³ TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil – responsabilidade civil, vol 4**. Rio de Janeiro: GEN, 2020. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989941/cfi/6/10!/4/2/4@0:0> Acesso: 10.06.2022

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Agravo Interno no Recurso Especial nº 1312486/DF. Civil. Promessa de Compra e Venda. Imóvel. Negativa de Prestação Jurisdicional. Não Ocorrência. Legitimidade Passiva. Responsabilidade Solidária. Dever de Indenizar. Configuração. Revisão. Impossibilidade. Súmulas nºs 5 e 7/STJ. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 12 nov. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&document_o_sequencial=89825990®istro_numero=201801482439&publicacao_data=20181116&formato=PDF. Acesso em: 11 de maio de 2022.

incluindo-se as expectativas despertadas pela publicidade. Precedentes. 6. Agravo interno não provido. (grifo nosso)

Dessa forma, os Influenciadores Digitais passaram a ser denominados como fornecedores por equiparação dado o reconhecimento de sua responsabilidade pela atividade publicitária, considerando seu papel de intermediador.⁸⁵

Ainda na esfera do judiciário, temos o caso da Influenciadora Digital Virgínia Fonseca (Processo n. 0019543-02.2019.8.19.0007), que foi responsabilizada civilmente e de forma objetiva, em detrimento de uma publicidade realizada. No caso, a juíza entendeu que, embora não se encaixasse a influenciadora na cadeia de consumo, a influenciadora deveria responder de forma objetiva pelos danos causados em decorrência da sua atividade normalmente desenvolvida. *In Verbis*:

Ora, no caso em apreço, não se pode olvidar que, ainda que estamos fora de uma relação de consumo, é possível subsistir a responsabilidade objetiva, conforme declara o art.927 P.único do NCC/02, que: **Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a ATIVIDADE NORMALMENTE DESENVOLVIDA PELO AUTOR DO DANO IMPLICAR, POR SUA NATUREZA, RISCO PARA OS DIREITOS DE OUTREM. Assim, ao perscrutar os autos verifico que a ATIVIDADE NORMALMENTE DESENVOLVIDA pela requerida (Virgínia) implicar em expor produtos de terceiros a venda, sob sua chancela e indiscutível influência, posto que sem ela, não teríamos a contratação do produto, pois por ser seguidora desta é que a ré comprou o direcionado produto.** Portanto, é notório que a segunda requerida faz tal ato com habitualidade, conforme se apura em seu perfil virtual na plataforma do instagram, aliado a isso, essa ré não nega tal intermediação, mas apenas a questão do valor, permanecendo incólume a relação de intermediação, sobre a qual se lucra com habitualidade, o que atrai a responsabilidade normalmente desenvolvida pela mesma. Ademais, a responsabilidade civil tem se tem ampliado ao repousar-se sobre a vítima, o que se denomina de primazia da vítima com fundamento na solidariedade dos ofensores, e isso por meio do princípio da solidariedade, que, aliás, tem matriz Constitucional, (art.3a, I da CFRB/88).⁸⁶(grifo nosso)

Neste caso, entendemos que uma melhor fundamentação para a decisão supracitada, e a qual defendemos neste trabalho, seria de equiparar a Influenciadora Digital a fornecedora, uma vez que temos amparo no Código de Defesa do Consumidor, pois todo aquele que participa do contexto publicitário, direta ou indiretamente, pode ser considerado fornecedor por equiparação.

Por fim, no âmbito do CONAR, julgados apontam que os influenciadores respondem junto das empresas que os contratam para propagandas, reforçando a hipótese de

⁸⁵ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

⁸⁶ julgado.

responsabilização ora defendida no presente trabalho. Para melhor entendimento, vejamos o seguinte julgado da Sétima Câmara:

Campanha da Ambev promovendo apresentação da cerveja Skol veiculada em redes sociais com participação de vários artistas motivou denúncia formulada pela direção do Conar.

A campanha, com outras peças objeto da representação 182/20, partia do envio de kits do produto a influenciadores, estimulando-os a disseminarem seus comentários, o que foi feito sem que tenham sido respeitadas as recomendações elementares do Código, não deixando clara a natureza publicitária das postagens, mostrando cenas de ingestão da cerveja, associando o seu consumo a efeitos positivos sobre o sentidos, ao êxito social e ao maior poder de sedução, além de prometer descontos em caso de multiplicação das postagens pelos consumidores e resvalar em apelo preponderante à sensualidade e ao erotismo.

Em sua defesa, a Ambev explicou em detalhes os contornos da campanha de Skol, informando ter enviado kits de apresentação a cerca de cem influenciadores e os alertando sobre os cuidados em eventual publicação, o que inclui Anitta, parceira comercial regular da Ambev. A anunciante reconheceu erro pontual em uma das postagens da cantora, pela não inserção de frase de advertência e sinalização de que se tratava de postagem publicitária.

Três artistas - Curitibacult, Kahoemudry e Thaisa Tadeu - enviaram defesas separadas ao Conar, nas quais consideram ter atendido às recomendações do Código, ainda que um deles tenha reconhecido "lapso" ao não identificar a postagem como publicidade.

Dudu Barros, Felipe Fontora, Leandro Buenno, Halessia e Diogo Alcantara não enviaram defesa, ainda que regularmente citados.

Em seu voto, o relator examinou cada uma das peças da campanha. Iniciou propondo a alteração no post da Anitta em comemoração ao Dia do Orgasmo e para aqueles nos quais falta frase de advertência prevista no Código e sinalização de que se trata de publicidade, agravada por advertência aos influenciadores Anitta, Felipe Fontora, Kahoemudry e Curitibacult, por não seguirem recomendações da Ambev.

Sobre as postagens de Dudu Barros, o relator votou pela sustação agravada por advertência, pelo fato de não ter acolhido as recomendações da própria Ambev. Já para as postagens de Diogo Alcântara, Leandro Bueno, Halessia e Thaisa Tadeu e à mecânica da promoção "Match com Beats no Tinder", recomendou o arquivamento, por não ver nelas descumprimento da ética publicitária.

A Câmara aceitou ainda, por maioria de votos, proposta da autora do voto complementar, pela alteração da publicidade realizada por Anitta, por ocasião do "Dia do Orgasmo", por considerar que as regras para a publicidade de cervejas estabelecem restrições para a associação da bebida alcoólica à sexualidade e ao erotismo, que foram ultrapassadas no anúncio.⁸⁷ (grifo nosso)

⁸⁷ Decisão CONAR: <http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=5586>

CONCLUSÃO

O alcance mundial da Internet, o ampla utilização dos smartphones e o surgimento das redes sociais, alteraram o *modus operandi* da sociedade, acarretando em uma série de mudanças de comportamento. Assim, as redes sociais passaram a ser verdadeiras vitrines de produtos, serviços e opiniões, acessadas por qualquer pessoa em qualquer lugar.

Nesse sentido, o novo ambiente virtual é protagonizado pela figura do Influenciador Digital. Esse indivíduo, dotado de persuasão, se utiliza de diálogos informais para estimular comportamentos, mudanças de opinião e, até mesmo, influenciar as decisões de compra dos seus seguidores.

Cientes dessa capacidade, as marcas a utilizam para induzir o consumo de determinados produtos, através da figura do Influenciador Digital. Contudo, a problemática se insere no fato de que esses agentes, em suas redes sociais, na maioria das vezes, não esclarecem aos seguidores se a postagem se trata de um conselho amigo ou de uma publicidade. Dessa forma, estariam contrariando princípios e normas consumeristas.

Nesse contexto, passou-se a analisar a responsabilidade civil dos Influenciadores Digitais, objetivando compreender se ele poderia ser enquadrado como fornecedor de produtos e conseqüentemente ser responsabilizado frente aos seus seguidores.

Analisando os pressupostos, constatou-se que o influenciador possui liberdade criativa para desenvolver suas narrativas, podendo escolher omitir ou não o caráter publicitário de suas postagens patrocinadas em suas redes sociais.

Posteriormente, analisando a doutrina, observou-se a existência da figura do fornecedor por equiparação, criada com a finalidade de expandir o alcance do fornecedor de produtos e serviços, em razão das mudanças nas relações de consumo, com o intuito de estabelecer maior proteção aos consumidores.

A partir dessa análise, entendeu-se que o Influenciador Digital se enquadra como fornecedor equiparado, haja vista que através da criação de conteúdo ele promove a comercialização e ampla divulgação de produtos e serviços em suas redes sociais, além de receber remuneração, se inserindo na relação de consumo.

Sequencialmente, se estudou a natureza jurídica da responsabilidade civil, analisando as três teses encontradas - a ausência de responsabilização à responsabilidade civil, a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva. A partir dessas hipóteses, constatou-se que o *influencer* é um agente com liberdade e criatividade para criar o conteúdo

digital, e que por isso não pode ter sua responsabilidade isentada sob o argumento de ser um mero cumpridor das ordens do contratante.

Nesse sentido, a tese da responsabilidade subjetiva foi descartada, pois entendeu-se que o Influenciador Digital não pode ser enquadrado como profissional liberal, haja vista que para tanto requer conhecimento técnico sobre certa atividade e uma relação *intuitu personae*, um vínculo de confiança entre o profissional e o cliente, não se enquadrando nesse conceito o influenciador que majoritariamente é escolhido devido a sua fama e reconhecimento.

Assim, a tese acolhida foi a que sustenta a responsabilidade objetiva do Influenciador Digital haja vista que ele está incluído na relação de consumo, obtém proveito econômico através dela e que, por isso, deve ser enquadrado como fornecedor de produtos e serviços equiparado.

Após, foram abordados os conceitos de responsabilidade contratual e extracontratual com enfoque na relação entre o *influencer* e seus seguidores, na qual verificou-se a inexistência de vínculo jurídico anterior, dessa forma fica facultado ao seguidor/consumidor lesado acionar o judiciário na busca de reparação civil em face do influenciador.

Conclui-se portanto, que o Influenciador Digital enquadra-se como fornecedor equiparado e possui relação extracontratual com seus seguidores, sendo responsabilizado objetivamente pelos danos ocasionados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcos Inácio Severo de et al. Quem Lidera sua Opinião? Influência dos Formadores de Opinião Digitais no Engajamento. Revista de Administração Contemporânea. Rio de Janeiro, 2018.

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

BARBOSA, Laís Ramos. A (im)possibilidade de responsabilização civil de “digital influencers” pela realização de publicidade velada à luz do código de defesa do consumidor. Revista da AGU, Brasília-DF, 2019

BENJAMÍN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O Controle Jurídico da Publicidade. Revista de Direito do Consumidor, vol. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79062215.pdf>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Agravo Interno no Recurso Especial nº 1312486/DF. Civil. Promessa de Compra e Venda. Imóvel. Negativa de Prestação Jurisdicional. Não Ocorrência. Legitimidade Passiva. Responsabilidade Solidária. Dever de Indenizar. Configuração. Revisão. Impossibilidade. Súmulas nºs 5 E 7/STJ. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 12 nov. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=89825990®istro_numero=201801482439&publicacao_data=20181116&formato=PDF.

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

CARPENA, Heloisa. Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva. Revista Direito do Consumidor, v. 35, São Paulo: RT, jul-set. 2000.

CIALDINI, Robert B. As armas da persuasão. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2012.

CONAR. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Estatuto Social do CONAR. São Paulo, 1980. Disponível em: <http://www.conar.org.br/estatuto-social-conar.pdf>.

CONAR. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária Código e Anexos, 1978, Disponível em <<https://www.gov.br/secom/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/ca2digobrasdeautoregulanovo.pdf>>

CONSELHO EXECUTIVO DE NORMAS-PADRÃO (CENP). Código de Ética dos Profissionais da Propaganda. Outubro de 1957 São Paulo, CENP. Disponível em [http://www.cenp.com.br/PDF/Legislacao/Codigo de etica dos proffisionais_da propaganda.pdf](http://www.cenp.com.br/PDF/Legislacao/Codigo_de_etica_dos_profissionais_da_propaganda.pdf).

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CONAR). Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Brasília, 05 mai. 1980. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>.

COSTA, Mário Julio de Almeida. Direito das obrigações. São Paulo: Editora, 2009.

DIAS, Luciana Ancona Lopez de Magalhães. Critérios para avaliação da ilicitude na publicidade. 2011. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo.

DIAS, Luciana Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e direito. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

EMARKETER. US Digital Ad Spending to Surpass TV this Year, September 2016. Disponível em: <https://www.emarketer.com/Article/US-Digital-Ad-Spending-Surpass-TV-this-Year/1014469>.

EVANS, N. J.; WOJDYNSKI, B. W.; GRUBBS HOY, M. How Sponsorship Transparency Mitigates Negative Effects of Advertising Recognition. International Journal of Advertising, 2018.

GASPAROTTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. Revista Jurídica Cesumar, Natal, 2019.

GASPAROTTO, Ana Paula Gilio. Responsabilidade Civil dos Influenciadores digitais. Revista Jurídica Cesumar. 2019.

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

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que delas participam. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

INSTAGRAM. Como usar o instagram stories. [S.I] [2019?]. Disponível em: <https://about.instagram.com/features/stories>.

JULIO, Karina Balan. O Instagram cria selo para evidenciar conteúdo pago. Meio & Mensagem. [S.I.] 14 jun. 2017. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/midia/2017/06/14/instagram-cria-selo-para-evidenciar-parcerias-entre-marcas-e-influenciadores.html>.

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

KARHAWI, Issaaf. “Quanto vale o post?”: blogueiros entre o pessoal e o comercial. In. SAAD, Beth (org.). Visibilidade e consumo da informação nas redes sociais.

KARHAWI, Issaaf. Influenciadores digitais: conceitos e práticas em discussão. In: Abrapcorp – Congresso Brasileiro Científico de Comunicação Organizacional e de Relações Públicas, XI, 2017, Belo Horizonte. Anais do XI Congresso Brasileiro Científico de Comunicação Organizacional e de Relações Públicas: Comunicação e Poder Organizacional: enfrentamentos discursivos, políticos e estratégicos. Minas Gerais: Abrapcorp, 2017.

MALANGA, Eugênio. Publicidade: uma introdução. 4. Ed. São Paulo: Edima, 1987.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações de contratuais. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, v. 1, São Paulo: RT, 1992.

NUNES, Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PASSOS, Michelle Barreto. O controle jurídico da publicidade ilícita. 1. ed. Goiânia, Edição do Autor, 2013. E-book.

PERES, Luana Guimarães; KARHAWI, Issaaf. Influenciadores digitais e marcas: um mapeamento exploratório. X Simpósio Nacional da ABCiber, 2017, São Paulo.

POLITI, Cássio. Influenciador digital: o que é e como classifica-lo? Blog Influency.me. [S.I.] 2019a. Disponível em: <https://www.influency.me/blog/influenciador-digital/>.

RELATABLE. The 2019 State of Influencer Marketing Report. Disponível em: <https://www.relatable.me/the-state-of-influencer-marketing-2019>. Acesso em: maio 2022

SILVA, Cristiane Rubim Manzina Da; TESSAROLO, Felipe Maciel. Influenciadores Digitais e as Redes Sociais Enquanto Plataformas de Mídia. São Paulo, 2016.

STATISTA. Global Instagram Influencer Marketing Spending 2020. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/950920/global-instagram-influencer-marketing-spending/>.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito do consumidor: direito material e processual. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

TERRA, Carolina Frazon. Marcas e Influenciadores: Quem precisa de quem? In: X Simpósio Nacional da ABCiber Conectividade, Híbridação e Ecologia das Redes Digitais. Escola de Comunicações e Artes de Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/37211664/MARCAS_E_INFLUENCIADORES_QUEM_PR_ECISA_DE_QUEM.

YOUPIX; BRUNCH. Pesquisa Creators & Marcas. São Paulo: YouPix, 2019. Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/19529/1557321641YOUPIX_BRUNCH_Pesquisa_CriadoresDinheiro2019.pdf.