



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PRISCILA WÂNDEGA JEZLER

**OS INFLUENCIADORES DIGITAIS NA SOCIDADE DE CONSUMO:
UMA ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PERANTE
A PUBLICIDADE ILÍCITA**

Salvador
2017

PRISCILA WÂNDEGA JEZLER

**OS INFLUENCIADORES DIGITAS NA SOCIEDADE DE
CONSUMO: UMA ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE
CIVIL PERANTE A PUBLICIDADE ILÍCITA**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito,
Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como
requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Joseane Suzart Lopes da Silva.

Salvador

2017

PRISCILA WÂNDEGA JEZLER

**OS INFLUENCIADORES DIGITAS NA SOCIEDADE DE
CONSUMO: UMA ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE
CIVIL PERANTE A PUBLICIDADE ILÍCITA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Programa Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 12 de setembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Joseane Suzart Lopes da Silva – Orientadora _____

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil. Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Pedro Lino de Carvalho Júnior _____

Doutor em Filosofia pela Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil. Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Bruno Cesar de Carvalho Coêlho _____

Mestre em Ciências Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador, UCSAL, Brasil. Universidade Federal da Bahia – UFBA.

*Aos meus pais, Fabiane e Marcio, a quem tudo devo agradecer.
Ao meu irmão, João Paulo, por todo apoio mesmo que de longe.
A minha avó Alice, bisá Kika e Jay (in memoriam).
À Marcel, fundamental no desenvolvimento deste trabalho.
Aos meus amigos, por todo o apoio e paciência.
Aos meus mestres, por todo o conhecimento, em especial a Joseane Suzart, minha orientadora, por todo auxílio e diligência durante a elaboração desta monografia.*

RESUMO

As evoluções das tecnologias possibilitaram novas formas de comunicação. A relação entre fornecedor e consumidor tem-se adaptado aos efeitos da sociedade informacional; neste contexto, surge uma terceira figura, intermediador, de alto poder persuasivo. O presente trabalho de conclusão de curso trata, então, de analisar os influenciadores digitais, sobre o recorte da responsabilidade civil em face da publicidade ilícita. Propôs-se, como hipótese central, a possibilidade de acionar juridicamente esses sujeitos, sobre o viés do Código de Defesa do Consumidor: se os danos originados pela prática da publicidade ilícita, poderiam ensejar na responsabilidade objetiva solidária. Objetivou-se, deste modo, demonstrar a compatibilidade do CDC para apuração da responsabilidade dos influenciadores digitais, através do exame da doutrina e dos posicionamentos do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária e do Superior Tribunal de Justiça. Secundariamente, buscou-se também, demonstrar a importância da efetiva atuação estatal para a proteção do consumidor e eficácia dos preceitos normativos. Utilizou-se, para tanto, os métodos dialético, hipotético-dedutivo, indutivo, argumentativo e hermenêutico, pois a temática não fora tratada apenas sob o viés dogmático, mas também ingressou no âmbito transdisciplinar, abarcando o Direito das Relações de Consumo e o Direito Civil, envolvendo, ainda, aspectos filosóficos, sociológicos e comunicacionais relevantes para a ampla compreensão do tema. Ademais, adotaram-se as pesquisas exploratória, bibliográfica e documental. Realizou-se, em cinco capítulos: uma abordagem contextual acerca da sociedade informatizada, analisando-se dados obtidos em pesquisa de campo; o mecanismo da publicidade e seu tratamento no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil e os meios de controle da atividade publicitária. Constatou-se que embora o ordenamento vede expressamente a publicidade enganosa e abusiva, ainda há um número expressivo de *posts*, realizados pelos influenciadores, que desrespeitam os dispositivos legais. É preciso um maior controle da atividade publicitária no ambiente virtual, para resguardar os direitos do consumidor.

PALAVRAS CHAVES: SOCIEDADE DE CONSUMO; INFLUENCIADOR DIGITAL; PUBLICIDADE; RESPONSABILIDADE CIVIL.

ABSTRACT

The evolution of technologies has enabled new forms of communication. The relationship between supplier and consumer has been adapted to the effects of the information society; in this context, a third figure, intermediary, of high persuasive power emerges. This paper intends to analyze the digital influencers, about the cut of civil responsibility in the face of the illicit publicity. It was proposed, as a central hypothesis, the possibility of legally triggering these subjects, on the bias of the Consumer Protection Code: if the damages originated by the practice of illicit publicity, could give rise to objective liability in solidarity. The objective was to demonstrate the compatibility of the CDC to determine the responsibility of digital influencers, by examining the doctrine and positions of the National Council of Self-Regulatory Advertising and the Superior Court of Justice. Secondly, it was also sought to demonstrate the importance of effective state action for consumer protection and the effectiveness of normative precepts. The dialectical, hypothetical-deductive, inductive, argumentative and hermeneutical methods were used for this purpose, since the thematic was not only treated under the dogmatic bias, but also entered the transdisciplinary scope, encompassing the Law of Consumer Relations and Law Civil, involving, also, philosophical, sociological and communicational aspects relevant to the wide understanding of the subject. In addition, exploratory, bibliographic and documentary research were adopted. In five chapters, a contextual approach about the computerized society was analyzed, analyzing data obtained in field research; the mechanism of advertising and its treatment in the Brazilian legal system, civil liability and the means of control of advertising activity. It was found that although the order expressly refers to misleading and abusive advertising, there are still a significant number of posts, made by influencers, that disrespect legal provisions. Greater control of advertising activity in the virtual environment is needed to safeguard consumer rights.

KEYWORDS: CONSUMER SOCIETY; DIGITAL INFLUENCER; ADVERTISING; CIVIL RESPONSABILITY.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 SOCIEDADE DE CONSUMO, INDÚSTRIA CULTURAL E SOCIEDADE DO ESPETÁCULO	9
2.1 REDES SOCIAIS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA	13
2.2 CONCEITO DE INFLUENCIADOR DIGITAL	16
2.3 SOCIEDADE DE CONSUMO: UM OLHAR SOBRE O PODER DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS	18
3 PUBLICIDADE NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO	24
3.1 CONCEITO DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA	26
3.2 MARKETING E PUBLICIDADE	28
3.3 TIPOLOGIA DA PUBLICIDADE	31
3.3.1 Publicidade enganosa	31
3.3.2 Publicidade abusiva	35
3.3.3 Publicidade subliminar	39
4 PUBLICIDADES ILÍCITAS ENVOLVENDO OS INFLUENCIADORES DIGITAIS	41
4.1 ESTUDO DE CASO 01	44
4.2 ESTUDO DE CASO 02	46
4.3 ESTUDO DE CASO 03	50
4.4 ESTUDO DE CASO 04	51
5 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS	53
5.1 PRINCÍPIOS REGENTES DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA	56
5.1.1 Princípio da identificação da mensagem publicitária	57
5.1.2 Princípio da vinculação contratual da publicidade	58
5.1.3 Princípio da veracidade e transparência	59
5.2 NORMAS CÍVEIS E CONSUMERISTAS APLICÁVEIS AO TEMA	60
5.2.1 A incidência do Código Civil de 2002	63
5.2.2 O Código de Proteção e Defesa do Consumidor	63
5.3 O CONTROLE DA PUBLICIDADE ILÍCITA EM FACE DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS	65
6 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

A internet revolucionou a forma de comunicação entre os sujeitos, permitiu o acesso aos mais variados tipos de informação e, através de seu espaço interativo, encurtou a distância entre os indivíduos; além disso, os diferentes suportes de mídias, proporcionados através das redes sociais, geraram a viabilização de novos modelos de negócios. O mercado de consumo, especificamente os meios publicitários, atentos a essa realidade, buscam utilizar técnicas atrativas, capazes de incutir desejo nos usuários.

Existem algumas pessoas que exercem grande influência sobre outras, ditando modas e costumes, pautando comportamentos e opiniões. Elas, ao apresentarem produtos e serviços, são capazes de despertar a confiança do consumidor, agregando maior valor à marca e potencializando sua capacidade de conversão em vendas. Neste contexto, se concretizam as parcerias com os influenciadores digitais. Cumpre, então verificar, se esses atores têm, ou não, perante o consumidor, responsabilidade civil em decorrência dos danos causados pela publicidade ilícita.

Tratar-se-á o presente trabalho monográfico da publicidade na era digital, abordando a evolução das mídias sociais como veículos de divulgação e as ilicitudes perpetradas nestes ambientes (*instagram, youtuber, facebook*, entre outros) pelos influenciadores. Por se tratar de novas formas de produção publicitária, nem sempre há o respeito ao disposto no ordenamento jurídico e a fiscalização, por sua vez, não ocorre a contento. É necessário, então, desenvolver um olhar crítico sobre essas recentes demandas, de forma a apresentar respostas satisfatórias a elas, o que justifica a relevância do tema exposto.

O objetivo geral consistirá, preambularmente, em um exame contextual desse inovado panorama, explicitando as parcerias dos anunciantes com os influenciadores digitais e sua interferência na sociedade de consumo, para se possibilitar uma análise crítica, mais contundente, acerca da responsabilidade jurídica desses sujeitos.

As publicações, concretizadas no ambiente virtual, devem, obediência à ordem constitucional e à legislação consumerista. Cumpre, nessa senda, examinar como o Direito tem agido frente as essas configurações, os desafios impostos pelo marketing eletrônico, combatendo, por fim, os abusos na publicidade realizadas por esses atores.

Quanto aos métodos, adotar-se-ão os clássicos, o hermenêutico e o argumentativo, valendo-se da linha crítico-metodológica. Em relação ao objeto, as pesquisa jurídico-exploratória e as jurídico-projetivo serão manejadas. A pesquisa inaugural se efetuará com

enfoque em obras e artigos, que apresentarem pertinência temática. Ademais, serão manejadas as pesquisas qualitativa e quantitativa, bem como os demais instrumentos investigativos, que quem venham a se revelarem necessários. No âmbito da técnica, será desenvolvida a análise documental indireta por meio da pesquisa bibliográfica e documental. Realizar-se-á pesquisa de campo para se averiguar se as hipóteses levantadas procedem no plano fático, em conformidade com os objetivos propostos, através de entrevistas com consumidores sobre o problema objeto da pesquisa. Registra-se, ainda, que se deverá proceder o levantamento de casos fáticos.

Para sistematizar o estudo proposto, dividiu-se o presente trabalho em seis capítulos. O primeiro, de natureza introdutória, visa apresentar o tema, as questões suscitadas e o objetivo geral. O segundo capítulo será reservado para a realização de uma abordagem contextual acerca da sociedade informatizada, repassando pelo conceito de influenciador digital e sua relação com o consumo, através de um viés multidisciplinar. Na oportunidade, serão analisados dados obtidos em pesquisa de campo.

No terceiro capítulo, será estudado o mecanismo da publicidade e seu tratamento no ordenamento jurídico brasileiro, esmiuçando-se as modalidades de ilicitude. No quarto capítulo, realizar-se-ão estudos de casos, à luz das primeiras decisões tomadas pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - Conar.

No quinto capítulo será examinado a incidência da responsabilidade civil, em consonância com os princípios vetores da atividade publicitária e suas modalidades de controle, para eficácia das normas consumeristas e efetividade do direito do consumidor.

2 SOCIEDADE DE CONSUMO, INDÚSTRIA CULTURAL E SOCIEDADE DO ESPETÁCULO

Diversas vertentes tentam fazer uma conceituação teórica do significado de sociedade de consumo e isso leva a algumas abordagens contraditórias sobre o tema. Conforme dispõe Livia Barbosa, esse é um dos rótulos para definir a sociedade contemporânea, que remete a era da informação, do espetáculo e do capitalismo desorganizado¹, em que “a lógica do sistema é criar estímulos para o homem ter mais e mais desejos a seres satisfeitos, e assim, ser mais feliz [...] é a perspectiva do consumo como pedra de toque de felicidade.”²

A referida sociedade, conforme aponta Jean Baudrillard³, é caracterizada por um consumo específico, que é o dos signos, ou seja, não é definido pela apropriação do objeto e sim do significado que se perfaz nessa relação dicotômica. Esses significados não são estáticos, e se modificam constantemente com o passar do tempo. Um exemplo disso, são os vestuários, cujas tendências oscilam em cada estação/período.

Existem divergências⁴ sobre a origem da sociedade de consumo, contudo muitos autores afirmam que o seu surgimento decorreu da revolução industrial, com o advento da indústria e da produção em larga escala, possibilitado por meio da mecanização. Atualmente, o estímulo para as compras, os anseios e as necessidades por novas aquisições e a constante insatisfação, são características dela.

Determinas mudanças foram essenciais para a constituição da sociedade de consumo, um dos exemplos citados, por Livia Barbosa, foi a transformação do consumo familiar para o individual. As sociedades eram divididas por grupos sociais, sendo regidos pelas leis suntuárias. Esse conjunto de normas ditavam o que podia ser consumido, não havendo espaço para a autonomia. Essa lógica é rompida na sociedade contemporânea, neste sentido, “(...) não existem regras e/ou restrições sobre aquilo que podemos consumir, como acontecia a durante a vigência das leis suntuárias. O critério para aquisição de qualquer coisa passa a ser minha escolha (...).”⁵ E assim, todos seriam consumidores, indiferente dos grupos sociais a que pertenciam.

¹ BARBOSA, Livia. *Sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 7.

² MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do Consumidor e Publicidade: Análise Jurídica e Extrajurídica da Publicidade Subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 157.

³ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Portugal: Edições 70, 2011.

⁴ É explicitado na obra de Livia Barbosa (*Sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 14 et. seq.), o posicionamento de uma vertente que considera que a “Revolução do Consumo e Comercial precedeu a Revolução Industrial”, possibilitando os recursos necessário para a sua prosperidade.

⁵ BARBOSA, op. cit., p. 22.

Desse modo, a ideologia individualista ganha destaque no contexto. Em síntese, os indivíduos podem escolher por si mesmos que bens e serviços querem consumir, e essas identidades são orientadas no sentido do consumo.

Outra característica dominante é a insaciabilidade, a constante busca pela satisfação, que não está atribuída ao produto e sim “ao prazer imaginativo a que a imagem do produto se empresta”⁶. Esse motivo, explica a busca pela inovação; produtos recém lançados são substituídos, para serem promovidos como o próximo objeto desejo e, assim, permanecem os indivíduos em um ciclo de estímulo ao consumismo. Afinal, como ressalta Campbell⁷, não se trata de uma sociedade materialista, caso fosse não se teria o grande percentual de descarte de produtos. O prazer encontra-se no ato da compra.

Neste sentido, ressalta Bauman que “a sociedade de consumidores, desvaloriza a durabilidade, igualando ‘velho’ a ‘defasado’, impróprio para continuar sendo utilizado e destinado à lata de lixo.”⁸ E esse é um dos desafios atuais: a humanidade consome mais recursos do que a capacidade de renovação da Terra, como então, conciliar os desejos humanos com as limitações naturais impostas? Esse debate favorece que o tema da sustentabilidade seja um dos assuntos pautas da sociedade de consumo.

Alguns estudiosos⁹ tentam explicar esse fenômeno do consumo exacerbado, quais seriam os fatores que impulsionam a necessidade pela aquisição, reforçando a cultura do supérfluo e do descartável. Agostinho Pereira e Luiz Fernando Horn aduzem que as pessoas consomem tanto em “decorrência da necessidade que a sua natureza social impõe, bem como pelo prazer de comprar, seja para satisfazer suas futilidades, ou, simplesmente, pelo anseio de constituir-se como par de sua categoria social.”¹⁰

O homem é um ser gregário e sofre pressão das instituições dominantes, ele sente a angústia de estar inserido em um grupo e, ao mesmo tempo, de fazer emergir sua individualidade. Nesta dispersão, o consumo representa o poder. O ato de comprar é associado ao status social, enfatiza o sucesso e o bem-estar, e isso reflete a satisfação imaginária e

⁶ BARBOSA, Livia. *Sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 52-53.

⁷ CAMPBELL, C. *A ética romântica e o espírito do consumismo moderno*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, apud BARBOSA, Livia. *Sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 53.

⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: A transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 31.

⁹ Entre eles podem ser citados Zygmunt Bauman, Ernesto Michelangelo Giglio e Gilles Lipovetsky, em suas respectivas obras: *Vida para o consumo: A transformação das pessoas em mercadorias*; *O comportamento do consumidor* e *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*.

¹⁰ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio. *Relações de consumo: Globalização*. Rio Grande do Sul: Educs, 2010, p. 31.

transitória na aquisição dos bens de consumo. O objeto é vislumbrado como uma possibilidade de distinção, uma forma de se reafirmar frente aos outros indivíduos.

Seguindo esse raciocínio, em uma sociedade que a oferta supera a demanda a publicidade e a propaganda são uma força de estímulo. É através da divulgação que os produtos se tornam conhecidos e, conseqüentemente, ganham competitividade no mercado. O estudo sobre o comportamento dos indivíduos é utilizado para manipular emoções e incutir no sujeito o incentivo ao consumo. As ideias embutidas nos anúncios sintetizam o caráter persuasivo, o poder de influência na compra, concretizada a partir do favorecimento de um determinado produto em detrimentos de outros.

Fato é que as grandes empresas capitalistas aumentam seus capitais e sobrevivem com o crescimento do consumo, dessa forma, elas “criam mecanismos cada vez mais sofisticados para convencer as pessoas da necessidade de consumir produtos e serviços que, em outros tempos, eram totalmente dispensáveis. Produtos supérfluos passam a ser considerados essenciais [...]”¹¹

A publicidade tem essa função estratégica, pois simula uma ideia de acessibilidade. Os objetos disponibilizados, representativos de felicidade e prazer, estariam ao alcance de todos, quando, na verdade, se mascara uma opressiva desigualdade. A manipulação do consumidor faz parte da lógica capitalista, atribui-se um valor idealizado aos bens de consumo, o prestígio é miscigenado na imagem do objeto, e aqueles que não o alcançam, sofrem com a exclusão social por, nas palavras de Bauman, “serem incapazes de se afiliarem a uma sociedade que exige que seus membros participem do jogo do consumismo”¹². Logo, se instaura o conflito.

A indústria cultural é utilizada como forma de neutralização desse conflito¹³. A crítica referida a ela repassa sobre a forma com que os meios de comunicação conseguem provocar uma alienação nos indivíduos, camuflando as forças de classes e desabilitando possíveis revoltas contra o sistema. O que se preza é o monopólio e um empecilho para esse objetivo é a conscientização dos indivíduos.

Um dos fenômenos sociais utilizados pela publicidade para exaltar o consumo é a moda. O vestuário não é apenas um representativo sociocultural, possui também um caráter elitista e

¹¹ MOREIRA, Fernando Eustáquio Campos Utsch. Consumo, Sociedade de Consumo e suas Representações. In: PIMENTA, Solange Maria; CORREA, Maria Laetitia; DADALTO, Maria Cristina; VELOSO, Henrique Maia (Coords). *Sociedade e consumo: Múltiplas dimensões na contemporaneidade*. Curitiba: Editora Juruá, 2010, p. 178.

¹² BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: A transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 171.

¹³ Versa sobre o assunto o autor Theodor Adorno, em sua obra *Indústria Cultural e Sociedade*.

de rápida transformação. A novidade é cultivada e faz coexistir a necessidade de padronização. “No momento em que todos passam a seguir determinada tendência, o elemento diferenciador se perde e assim é preciso muda-la, para continuar sendo um diferencial de categoria ou classe”

¹⁴ E assim, permanecem períodos de rápidas adaptações, em que as peças de roupas se tornam obsoletas, surgindo, constantemente, novas tendências a serem ditadas. Conforme ressalta Bauman, a sociedade capitalista prospera enquanto, “consegue tornar perpetua a não satisfação de seus membros.”¹⁵

Na obra *Sociedade do Espetáculo* Guy Debord faz uma crítica a essa sociedade contemporânea, em que se prefere a aparência ao ser, a imagem ao realismo concreto. Em que as mídias influenciam os padrões de comportamento, tornando o homem passivo frente a essas representações. Ele questiona, a alienação provocada por uma sociedade mediada por imagens. E sintetiza esclarecendo “o espetáculo não é um conjunto de imagens, mas uma relação social entre pessoas, mediada por imagens”¹⁶. Neste sentido, o consumidor se relaciona com outros por meio da identificação com as imagens associadas aos produtos que consomem.¹⁷ É discutido, as promessas da sociedade de consumo, como o prazer, alegria, prosperidade e como o homem é seduzido por essas representações.

Qualquer ato de consumo é essencialmente cultural e reflete elementos da construção da identidade do povo. O consumo é intrínseco à natureza humana, afinal, as necessidades biológicas e sociais dos sujeitos precisam ser satisfeitas, o que se discute, então, é a extrapolação das suas funções. Na sociedade moderna, o consumo foi ressignificado, moldando a forma os sujeitos se relacionam, e impondo novos desafios a sociedade. Um desses desafios são os gastos excessivos em produtos supérfluos, a incansável busca pela satisfação e felicidade em objetos e itens de desejo, prazer esse transitório, eternamente, cíclico e mutável e que acaba conduzindo a frustração.

Os avanços tecnológicos alteram as formas de disseminação de padrões de consumo na sociedade globalizada. Nesse cenário, a utilização das redes sociais se opera como veículo propício para o fomento do consumismo, seja por meio de post patrocinado, quanto pelo

¹⁴ SILVA, Maria Catarina Ribeiro e. A moda e sua ligação sociológica e psicológica com o consumo exacerbado. In SILVA, Joseane Suzart Lopes da; MELO, Ravena Seida Tavares de (Org). *Publicidade dos bens de consumo*. Salvador: Paginae, 2015, p. 429.

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: A transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 64.

¹⁶ DEBORD, Guy. *A sociedade do Espetáculo*. Tradução por Railton Sousa Guedes. Disponível em <<https://www.marxists.org/portugues/debord/1967/11/sociedade.pdf>> Acesso em 01/06/2017.

¹⁷ COELHO, Claudio Novaes Pinto. *Publicidade: É possível escapar?* São Paulo: Paulus, 2003, p. 17.

marketing digital, ou por outras ferramentas. As empresas têm encontrado nesses *ciberespaços*¹⁸, eficientes meios para conquistar novos clientes.

2.1 REDES SOCIAIS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A evolução da comunicação está, intrinsecamente, ligada ao desenvolvimento do homem, sendo moldada aos anseios e às necessidades dos sujeitos. Com o aparecimento das primeiras civilizações, surgiram os primeiros códigos verbais, entretanto, o conhecimento, muitas vezes, era restrito a determinados membros, como, por exemplo, os escribas¹⁹. Na atualidade, tem-se um cenário divergente. Hoje, é possível receber e emitir informação dos pontos mais remotos do planeta Terra em tempo real, difundindo conteúdo em uma velocidade inimaginável.

A internet viabilizou o acesso aos mais variados tipos de conhecimento e revolucionou a forma de comunicação entre os indivíduos, ela permitiu a configuração de uma sociedade conectada, com a quebra de barreiras de espaços entre os sujeitos, vindo a se tornar uma das mais importantes revoluções do século XX.

Neste sentido, “A internet abriu novos caminhos em diversos setores da sociedade permitindo o acesso fácil, eficiente e barato a uma enorme variedade de informações distribuídas globalmente.”²⁰ E um dos recursos que propagam esse fenômeno é a utilização das redes sociais. A rede foi apropriada por pessoas do mundo todo e é um mecanismo que não para de crescer. Ela está mudando as formas de organização, conversação e identidade, ampliando a capacidade de conexão.

Os primeiros relatos de serviço que possuíam estas características surgiram no ano de 1969, com o desenvolvimento da tecnologia *dial-up* e do serviço comercial de conexão à internet em nível internacional. Os anos seguintes foram marcados por um avanço na infraestrutura dos recursos de comunicação, contudo, foi, em 1985, que a America Online (AOL) passou a fornecer ferramentas para que as pessoas criassem perfis virtuais e

¹⁸ Conforme conceitua Pierré Lévy (*Cibercultura*. São Paulo: Editora 34 Ltda, 1999, p. 17) o ciberespaço é "o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial de computadores". É o ambiente criado de forma virtual.

¹⁹ Eram os conhecedores da leitura e da escrita, uma classe de notório prestígio no Egito Antigo.

²⁰ NOVAES, Sérgio F.; GREGPRES, Eduardo de M. *Da internet ao Grid: a globalização do processamento*. São Paulo: Editora UNESP, 2007, p. 9.

comunidades. Anos depois, a Empresa implementou o sistema de mensagem instantânea, sendo a pioneira dos *chats*²¹.

Na virada do século, anos 2000, a internet ganhou mais espaço, com isso, os números de usuários das redes sociais progrediram, sendo criados inúmeros serviços. O primeiro deles a receber o status de rede social foi o *Friendster*, que permitia conectar amigos e familiares, transportando a interação ao espaço virtual.

Com toda aceitação e aderência, o mercado observava um ramo promissor e lucrativo. Em 2004, tem-se a criação das redes sociais mais populares, entre eles pode-se citar o *Orkut*, que funciona através de perfis e comunidades e o *facebook*. Este último foi criado pelo americano Mark Zuckerbe, dentro do campus da Universidade de Harvard e, hoje, é um dos sistemas com maior base de usuários do mundo, chegando a 1,94 bilhões de pessoas conectadas.²²

E a lista só aumenta. Em 2006, ocorreu a criação do *twitter*, que permite que sejam escritos pequenos textos de até 150 caracteres e, em 2010, o *instagram*, sucesso entre jovens e que ganhou bastante popularidade ao cobrir a campanha presidencial nos EUA. Com um sistema rápido de compartilhamento de fotos e vídeos, o aplicativo mobilizou os internautas, estando o Brasil no ranking dos países com maior número de usuários, ficando atrás apenas dos EUA.²³

A perspectiva para o futuro é promissora, afinal, eles representam uma importante ferramenta de comunicação. De acordo com a Forbes Brasil²⁴, é previsto que até 2020, metade da população latino-americana fará uso das redes sociais, ou seja, aproximadamente 260 milhões de pessoas são potenciais usuários. Atualmente, no Brasil, se estima que mais de 85% dos internautas participam de alguma mídia social.²⁵

As redes sociais, segundo Raquel Recuero, devem ser reconhecidas como agrupamentos complexos instituídos por interações sociais apoiadas em tecnologia de comunicação, que são definidas por um conjunto de dois elementos: atores (pessoas, instituições ou grupos) e suas

²¹ TECMUNDO. A história das redes sociais como tudo começou. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/33036-a-historia-das-redes-sociais-como-tudo-comecou.htm>> Acesso em 01/06/1017.

²² Site Globo. Disponível em <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/facebook-chega-a-194-bilhao-de-usuarios-em-todo-o-mundo-no-1-trimestre-de-2017.ghtml>> Acesso em: 05/06/2017.

²³ Site Canaltech. Disponível em <<https://canaltech.com.br/noticia/instagram/instagram-chega-a-700-milhoes-de-usuarios-e-tem-crescimento-historico-92798/>> Acesso em: 05/06/2017.

²⁴ Forbes Brasil. Disponível em <<http://www.forbes.com.br/fotos/2016/06/brasil-e-o-maior-usuario-de-redes-sociais-da-america-latina/#foto7>> Acesso em: 05/06/2017.

²⁵ TELLES, Andre. *A revolução das mídias sociais*. São Paulo: M. Books, 2010, p. 9.

conexões (interações ou laços sociais)²⁶. Também podem ser definidas como “Serviços prestados por meio da Internet que permitem a seus usuários gerar um perfil público, alimentado por dados e informações pessoais, dispondo de ferramentas que permitam a interação com outros usuários”²⁷

Cumpra, então, ressaltar a análise dos atores. Em razão do distanciamento, nem sempre eles são facialmente discerníveis, mas pode, por exemplo, ser vislumbrado pelo perfil criado em uma rede social. Esses sujeitos moldam as estruturas sociais através da interação e, como ressalta, Raquel Recuero, passam por um processo permanente de construção e expressão de identidade. É o que acontece no caso dos influenciadores digitais, há uma necessidade de exposição pessoal e essa visibilidade é uma condição para formular um canal de comunicação com os seus seguidores e impulsionar suas publicações.

Por sua vez, as interações entre os atores constituem as conexões. Em razão disso, é de suma importância seu estudo, já que suas variações alteram a estrutura do grupo. É possível perceber essas interações na internet através dos rastros deixados, como no caso dos *likes* e dos comentários realizados. Elas possibilitam a criação de laços sociais, sejam associativos ou dialógicos, e através deles é possível observar elementos como o grau de intimidade entre os integrantes e a natureza das comunicações.

Determinados fatores são essenciais para possibilitar a percepção dos tipos de relações estabelecidas na sociedade informacional. São eles: a visibilidade, a reputação, a popularidade e a autoridade, que serão examinados a seguir.

O primeiro refere-se ao valor que proporciona que os atores estejam mais visíveis na rede e com isso consigam amplificar suas conexões. A visibilidade consegue agregar novos fatores não sendo um fim em si só. Como explica Raquel Recuero, “Alguém pode intencionalmente aumentar sua visibilidade no Twitter, por exemplo, utilizando-se de artifícios para aumentar o número de seguidores, apenas para popularizar seu blog. Com isso, pode obter outros valores, como reputação.”²⁸ Desse modo, a visibilidade pode ser considerada também como um potencial de alcance, ao determinar quantas pessoas podem chegar a ver a publicação. Afinal, dentro de uma sociedade de rede, para existir é preciso ser visto.

²⁶ RECUERO, Raquel. *Redes sociais na internet*. Porto Alegre: Sulina, 2009, p. 13.

²⁷ SILVA, Taís Carvalho. O espetaculoso mundo do eu. Uma análise do sentido do paradoxo da privacidade. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3150, 15 fev. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21092>>. Acesso em: 06/06/2017.

²⁸ RECUERO, Raquel. *Redes sociais na internet*. Porto Alegre: Sulina, 2009, p. 109.

Por sua vez, a reputação é uma avaliação cognitiva de um indivíduo sobre os demais atores. É consequência das impressões emitidas pelo sujeito que podem influenciar nas ações praticadas, já que é possível associá-lo à confiabilidade da pessoa e, conseqüentemente, interfere nas prováveis transações entre os mesmos. Em suma, é o julgamento do outro, que não se estabelece apenas pelo número de seguidores, mas também pelas percepções provenientes dos comportamentos dos usuários das redes sociais.

A popularidade refere-se à posição de um ator, traduzindo o quanto de audiência esse sujeito é capaz de mobilizar. Para uma publicidade por intermédios de blogueiros, tal valor é de suma importância, visto que quanto mais pessoas conectadas a sua rede, maior alcance terá, fortalecendo sua capacidade de influência. Nesse fator, o que conta é a quantidade de conexões, característica essa que se difere da reputação.

E, por fim, tem-se a autoridade, que representa o efetivo poder de influência de um ator na sua rede social. Ela se interliga a reputação, na medida em que a percepção sobre o outro, tem ligação direta com o grau de persuasão alcançado. Por exemplo, um leitor assíduo, que possui confiança em um blogueira, é mais propício de se deixar influenciar nas indicações realizadas do que um visitante esporádico. “Os blogueiros que buscam autoridade preocupam-se em construir uma reputação relacionada a um assunto específico, mais do que apenas ser reconhecidos como alguém que está interessado em alguma coisa.”²⁹ A busca de referência, reflete no comprometimento com o blog.

É importante destacar esses quatro elementos porque eles possuem conceitos relacionais que dialogam entre si. Através deles, é possível explicar as novas formas de sociabilidade nesse cenário informacional e estabelecer seu vínculo com a sociedade de consumo.

É notório que as redes sociais democratizaram os meios de comunicação, alterando as práticas comerciais e industriais. Elas abriram espaço para a criação de comunidades, favorecendo a interação entre os sujeitos independentes da distância ou do tempo. Contudo, esses atores de grande popularidade na *web*, frequentemente, exacerbam a cultura do consumo, influenciando diretamente na decisão de compra do consumidor, e é essa relação que será melhor detalhada nos próximos tópicos.

2.2 CONCEITO DE INFLUENCIADOR DIGITAL

²⁹ RECUERO, Raquel. *Redes sociais na internet*. Porto Alegre: Sulina, 2009, p. 113.

O termo que surgiu do inglês, *digital influencer*, representa os novos profissionais da *web* formadores de opinião. Eles constituem o grupo de atores das mídias sociais que formulam espaços de expressão, estabelecendo conexões com o público. São as “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 exclusivos.”³⁰ Esses sujeitos, saíram do anonimato, consolidando seus nomes na internet, se tornando referência quanto a divulgação.

Cumprido ressaltar que apesar da semelhança com os *bloggers*, existe uma diferença sutil entre ambos. Como ressaltava o professor de inovação e comportamento digital do IBMEC, Marcelo Minutti, ter um blog, com um número razoável de seguidores, não necessariamente significa ser *influencer*. Em suas palavras, existe uma distinção entre alcance e a capacidade “que a pessoa tem de levar outras pessoas a consumir. O termo *Digital Influencer* se refere exclusivamente a um indivíduo qualquer que esteja conectado online e que leva outras pessoas a ação, ou seja, a comprar um produto”.

Desse modo, os influenciadores digitais figuram como uma “ponte” entre a marca e o consumidor, possibilitando que a publicidade alcance diretamente ao público alvo. Essa nova forma de transmitir informação vem revolucionando as cadeias de consumo e possui grande relevância jurídica.

A identificação dos influenciadores no universo digital exige alguns critérios. Como já dito anteriormente, não se trata apenas de possuir um grande número de seguidores, é necessário observar a reputação do indivíduo e, conseqüentemente, a qualidade das conexões estabelecidas. Urge notar se eles são capazes de alavancar os produtos promovidos através da sua interação com seus seguidores, afinal a força do canal depende da relação de cumplicidade com a sua audiência.

É através da relevância com o público/consumidor que os influenciadores conseguem parcerias com as marcas e sustento. Alguns chegam a cobrar um cachê de R\$4.000,0 a R\$15.000,00 para fazer publicações promovendo um determinado produto³¹. Em compensação,

³⁰ SILVA, Cristiane Rubim Manzina da; TESSAROLO, Felipe Maciel. *Influenciadores Digitais e as Redes Sociais enquanto Plataforma de Mídia*. Net, Espírito Santos, set. 2016, p. 5. Disponível em <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2016/resumos/R11-2104-1.pdf>> Acesso em 13/05/2017.

³¹ Disponível em <<http://empreendedorx.com.br/midias-sociais-2/influenciadores-digitais-por-que-contrata-los-e-quais-referencias-mercado>> Acesso em: 13/06/2017.

as empresas buscam um retorno do investimento através de uma maior visibilidade e da possibilidade de agregar mais valor à sua marca.

Desse modo, se perfaz uma nova forma de interação entre as empresas e os consumidores, através do intermédio dos influenciadores digitais.

2.3 SOCIEDADE DE CONSUMO: UM OLHAR SOBRE O PODER DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

Cabe, então, analisar como esses atores têm alterado as relações de consumo, abordando seu papel de influência sobre a sociedade. Essa análise é multidisciplinar e repassa sobre diversos campos, tais como o da psicologia e sociologia.

Como já ressaltado anteriormente, as relações interpessoais sofreram transformações significativas com a propagação da internet e com o uso das redes sociais. As estratégias de *marketing* não estão alheias a essa nova realidade e buscam meios mais eficientes para conquistar novos consumidores, seja através de estudo sobre o comportamento dos indivíduos, pelo incentivo da inovação, ou pela utilização de técnicas atrativas, tudo isso com o objetivo de criar mecanismos de convencimento, para incutir nas pessoas a necessidade pelo consumo, veiculando a ideia de que o produto é indispensável.³²

Os tempos mudaram, o usuário no ciberespaço escolhe aquilo que vai consumir, busca o conteúdo e interage, não é mais aquele sujeito passivo absorvendo as programações impostas dos veículos de comunicação tradicionais. Na atualidade, o marketing digital se sobressai. A quantidade de informações disponíveis na *web* é imensurável; logo, as empresas precisam se destacar para atrair o público, e um dos meios que vem sendo utilizado com sucesso é o recurso do marketing de conteúdo através da contratação dos influenciadores digitais. Essencialmente, trata-se de “uma técnica que consiste em criar, selecionar e distribuir conteúdo relevante e de valor, a fim de atrair, conquistar e engajar um público alvo-definido, com o objetivo de direcionar ações rentáveis.”³³

³² Sobre a temática, versam os autores Gino Giacomini Filho, Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias e Rafael Tocantins Maltez em suas respectivas obras: *Consumidor versus Propaganda, Publicidade e Direito e Direito do Consumidor e Publicidade*.

³³ SANTOS, Rafael. *Marketing de conteúdo na internet: Introdução, Conceitos e Exemplos Práticos*. 2. ed.. Versão Kindle, e-book.

A mensagem, desse modo, consegue ser transmitida de uma maneira mais agradável, o que repercute na visão que as pessoas vão ter sobre a marca. Conforme esclarece Bauman³⁴, os sujeitos “são ao mesmo tempo os promotores das mercadorias e as mercadorias que promovem. São, simultaneamente, os produtos e seus agentes de marketing, os bens e os seus vendedores”. E é essa perspectiva que se vislumbra na sociedade informacional.

Os influenciadores digitais são formadores de opiniões, expõem seus estilos de vida e criam um canal de interação com seus seguidores. A popularidade desses sujeitos atrai a atenção das marcas, que realizam parcerias para a divulgação dos produtos ou serviços. Contudo, para formar uma relação de sucesso, é indispensável que o vínculo estabelecido entre o influenciador e o seu público seja de confiança, permitindo uma maior receptividade do conteúdo disponibilizado. É a sua reputação que mobiliza as pessoas, alavancando as vendas.

Ao endossar um produto ou serviço, os influenciadores favorecem que a empresa obtenha uma diferenciação no mercado, agregando mais valor à marca e potencializando sua capacidade de conversão em vendas, constituindo uma importante plataforma de comunicação com os seguidores através do seu engajamento e acessibilidade.³⁵ Eles, praticamente, compartilham toda sua rotina diária, gerando conteúdos de grande alcance na internet.

Em virtude da “proximidade” e da empatia que eles transmitem em seu canal de comunicação, muitos jovens procuram neles inspirações, buscando referências de comportamentos. Uma foto postada demonstrando tal produto, já é o suficiente para uma busca desenfreada pela mercadoria, e esse assunto repassa também pela questão da identidade pelo consumo.

O indivíduo, está inserido em um todo social e conseqüentemente sofre a pressão das classes dominantes da sociedade. De tal forma, “Na sociedade de consumo, as pessoas são bombardeadas por signos e ideologias propagadas pelo marketing das corporações privadas [...]”³⁶ Então, existe uma busca para um pertencimento, as pessoas procuram se vincular a algo que lhe representem enquanto indivíduos.

³⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: A transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 13.

³⁵ SILVA, Cristiane Rubim Manzina da; TESSAROLO, Felipe Maciel. *Influenciadores Digitais e as Redes Sociais enquanto Plataforma de Mídia*. Net, Espírito Santos, set. 2016. Disponível em <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2016/resumos/R11-2104-1.pdf>> Acesso em 13/05/2017.

³⁶ MOREIRA, Fernando Eustáquio Campos Utsch. Consumo, Sociedade de Consumo e suas Representações. In: PIMENTA, Solange Maria; CORREA, Maria Laetitia; DADALTO, Maria Cristina; VELOSO, Henrique Maia (coords). *Sociedade e consumo: Múltiplas dimensões na contemporaneidade*. Curitiba: Editora Juruá, 2010, p. 186.

Neste sentido, os objetos do consumo reforçam padrões de identidade, tanto individual quanto coletivo. “A identidade determina uma série de comportamentos, regulando as ações”³⁷. Desse modo, quando o sujeito se enxerga de uma maneira singular, e se reconhece nos influenciadores de um segmento específico que lhe agrada, como, por exemplo, *blogs* de moda, ele reflete em padrões de comportamento de consumo. Além disso, a internet possibilitou a criação de comunidades virtuais, que se segmentam diversas áreas e acaba por contribuir com o trabalho das empresas ao facilitar a localização de seu público-alvo.

Segundo Blackwell, Miniard e Engel³⁸ são cinco os fatores que expressam a tomada da decisão de compra, são eles: identificação da necessidade, busca de informações, avaliação de alternativas, compra e despojamento.

A busca de informações conduz potenciais consumidores a procurar nas redes sociais, *blogs e canais de youtubers*, resenhas sobre produtos e marcas. Por ser uma comunicação mais espontânea e interativa, feita por “sujeitos comuns”, muitas vezes, a indicação de um produto é transmitida de forma sugestiva, exibindo a aparência de uma mensagem neutra e ocultando seu caráter publicitário, e aí reside o perigo. Os espectadores estão sujeitos a essa produção de conteúdo, entretanto ela não pode ser mascarada, conforme estabelece o art. 36 do CDC³⁹ o consumidor deve poder facilmente identificar a veiculação da publicidade.

Objetivando avaliar o nível de influência desses formadores de opinião, buscou-se realizar uma pesquisa de campo. O questionário é composto de cinco perguntas, processadas no *facebook*, cujo resultados foram disponibilizado no sítio eletrônico “Prefixo Agencia Experimental de Notícias.”⁴⁰

A primeira pergunta tinha o objetivo de entender o perfil do entrevistado, no total, 655 pessoas responderam, sendo que mais de 50%, era um público com idade de 20 a 25 anos. E a outra fração majoritária (39,7%) era composta por jovens de 16 a 19 anos.

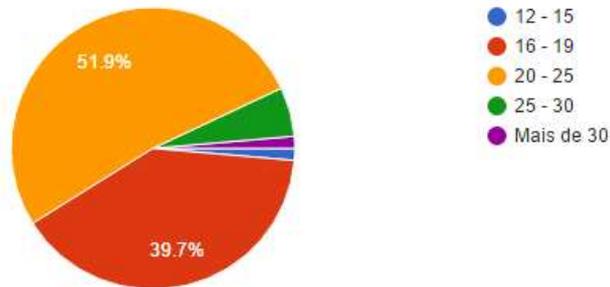
³⁷ GIGLIO, Ernesto Michelangelo. *O comportamento do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Thomson Learning, 2005, p. 101.

³⁸ ENGEL, James F.; BLACKWELL, Roger D.; MINIARD, Paul W. *Consumer behavior*. Nova York: Dryden Press, 1995 apud GIGLIO, Ernesto Michelangelo. *O comportamento do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Thomson Learning, 2005, p. 112 et. seq.

³⁹ Consultar o art. 36 da Lei. 8.078/90: “Art. 36, A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.”

⁴⁰ Resultado extraído do sítio eletrônico, disponível em: <<https://agenciaprefixo.com/2017/04/03/influenciadores-digitais-e-o-novo-formato-de-publicidade/>> Acesso em 14/05/2017.

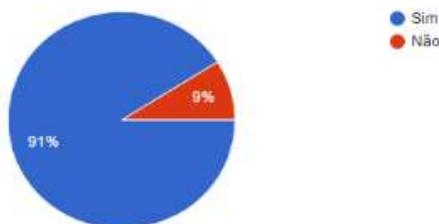
Qual a sua idade? (655 responses)



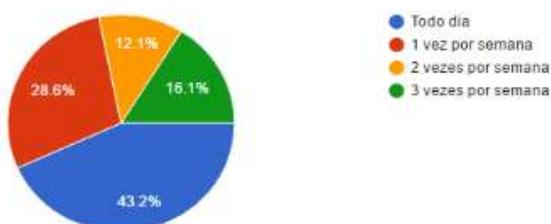
Através desses dados, é possível perceber a segmentação do público alvo, e, conseqüentemente, sua interferência nos resultados obtidos com as próximas perguntas.

Os quatros questionamentos seguintes explicitaram as interações dos entrevistados com os influenciadores digitais, e as respostas surpreendem, pois mais de 90% do público entrevistado afirmar que acompanha algum influenciador e a maioria (62%) já comprou mais de duas vezes alguns dos produtos indicados por essas pessoas. Segue abaixo os dados obtidos na entrevista.

Você acompanha algum influenciador digital (youtuber, blogueiro, etc)? (655 responses)

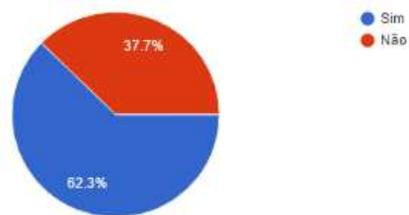


Se sim, com que frequência? (597 responses)

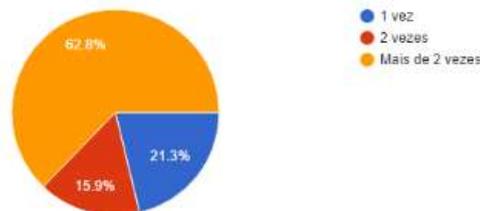


Essas duas perguntas acima, demonstram a inclinação dos usuários, revelando uma habitualidade de conduta, visto que quase a totalidade dos entrevistados acompanham, com frequência, algum influenciador nas redes sociais. Já as próximas perguntas mediram o potencial de persuasão dos influenciadores em relação ao seu público.

Você já comprou algum produto indicado por esses influenciadores?
(655 responses)



Se sim, quantas vezes? (414 responses)



Fonte: Prefixo Agência Experimental de Notícias

Através desses dados, é possível vislumbrar um mapeamento das percepções e comportamentos dos seguidores e o nível de aceitação dos usuários as opiniões fornecidas por esses atores digitais. Na pesquisa, restou comprovada a influência exercida, através das mídias sociais, na aquisição de bens de consumo, o que explica o interesse dos anunciantes em se valer dessas parceiras, vislumbrando uma real possibilidade de conversão em vendas.

Os influenciadores se utilizam da sua imagem para induzir o consumidor a comprar determinado bem ou serviço, portanto, possuem uma função perante a sociedade de agir com lealdade e boa-fé⁴¹, atentos ao seu dever de vigilância com aquilo que publica, evitando fazer

⁴¹ Refere-se aos deveres acessórios e limitação dos direitos subjetivos. Aduz Paulo Jorge Scartezini Guimarães (*A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam*. 2. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p 72): “Nos dias atuais, tendo em vista a massificação dos negócios, o

falsas afirmações ou capazes de levar ao erro. Eles são profissionais da *web* e, como toda atividade profissional, caso incorram em danos, gera-se uma responsabilidade civil.⁴²

Portanto, cumpre estudar, no próximo capítulo, a publicidade, essa ferramenta valiosa, que permite que o mercado continue a desenvolver suas funções, mas que deve ser utilizada de maneira cautelosa, em atenção às disposições legais e limitações no ordenamento jurídico brasileiro.

princípio da boa-fé deve ser visto com maior importância, já que pela rapidez que as coisas acontecem e os negócios são firmados, com uma influência muito grande do *marketing*, necessária a ideia de veracidade dos fatos alegados, confiando um contratante no comportamento do outro (...)"

⁴² Sobre a responsabilidade civil discorrem os autores Daniela Bacellar Fernandes, Paulo Jorge Scartezini Guimarães e Bruno Miragem em suas respectivas obras: Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor, A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam e Curso de Direito do Consumidor.

3 PUBLICIDADE NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

A publicidade remonta ao desenvolvimento das civilizações. O homem precisava atrair a atenção para sua mercadoria a fim de escoar a produção; dessa forma, as divulgações dos produtos e serviços eram realizadas inicialmente por meio dos gestos, gritos e ruídos.⁴³ Com o decorrer do tempo, tornaram-se necessárias modificações para acompanhar as crescentes necessidades humana. A publicidade escrita com a utilização de panfletos e folhas volantes, por exemplo, surge nesse contexto. O funcionamento do mercado de consumo depende desse instituto, que se adapta às novas tecnologias para promover a disseminação dos produtos ao público.

Originalmente, a publicidade apresentava uma função eminentemente informativa, o Brasil, por exemplo, no início do século XIX, tinha uma demanda maior que a oferta, de modo que inexistia a necessidade de apelos sedutivos e técnicas de persuasão para atrair o consumidor. Neste mesmo século, surgiram os jornais, cujo acesso era restrito à elite, sendo introduzida a imprensa por meio do Correio Braziliense e Gazeta do Rio de Janeiro. Neles, eram, inicialmente, publicados anúncios gratuitos, sem apelo promocional, que se modificaram com o passar dos anos, dando origem às primeiras propagandas comerciais.⁴⁴

Foi a partir do século XX, com o surgimento da sociedade de massa e avanço dos meios de comunicação que a publicidade passou a adquirir também uma função persuasiva, com a finalidade precípua de estimular novas demandas e convencer os indivíduos à aquisição de produtos e serviços.⁴⁵ As produções em larga escala, juntamente com a ferocidade das competições entre empresas concorrentes, deram causa a uma “publicidade mais agressiva e combativa, na tentativa de impor o consumo do produto, ao invés de sugeri-lo.”⁴⁶

Em face dessa nova perspectiva e os excessos de sua decorrência, tornou-se necessária uma intervenção para o controle da publicidade, sendo estipulados limites e coibidos os abusos através do Direito.

⁴³ SILVA, Joseane. Oferta e Publicidade dos bens de consumo: uma análise crítica da realidade jurídica brasileira. In *Publicidade dos bens de consumo*. Salvador: Paginae, 2015, cap. X, p. 313.

⁴⁴ GIACOMINI FILHO, Gino. *Consumidor versus propaganda*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Summus, 2008, p. 31.

⁴⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 27.

⁴⁶ ANDRADE FILHO, Adelson. Propaganda comparativa: benefícios e riscos para o consumidor e os possíveis danos para o fornecedor. In SILVA, Joseane Suzart Lopes da; MELO, Ravena Seida Tavares de (Org). *Publicidade dos bens de consumo*. Salvador: Paginae, 2015, p. 29.

Em primeiro lugar, é importante ter em vista que a publicidade é um instrumento econômico de suma relevância para as práticas mercadológicas; é através dele que se possibilita que os indivíduos criem suas impressões sobre um produto ou serviço e fique predisposto ao seu consumo, gerando a movimentação da economia, possibilitando a criação de novos empregos, estimulando a produção industrial e permitindo até o investimento em programas culturais.⁴⁷

A Constituição Federal prevê a sua proteção através de alguns dispositivos espaçados, o art. 220, caput⁴⁸, por exemplo, protege a livre manifestação do pensamento, a criação e a informação, vedando qualquer tipo de restrição. Neste sentido, dispõe Ticianelli que a publicidade e a propaganda “precisam existir, o contrário seria negar o acesso a informação às pessoas, comprometendo os conceitos de liberdade e democracia. A publicidade é indissociável da liberdade de expressão.”⁴⁹

Da mesma forma, dispõe o art. 5º, inciso IX, que “É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença.” Entretanto, essa liberdade não é absoluta, “ela tem limites em outros dispositivos da Carta Magna ou em lei infraconstitucionais por ela previstas, sempre com o objetivo de preservar a justiça social e a dignidade do ser humano.”⁵⁰

Como é possível notar que os art. 220, § 3º e 4º e o art. 221 e alíneas, impõem restrições legais à propaganda comercial de tabaco, bebida alcoólica, agrotóxicos, medicamentos e terapias, além de estipular princípios para a produção de informações das emissoras em rádios e televisões. Estabelecendo, por fim, a competência de execução dos meios legais que garantem a possibilidade de defesa da pessoa e da família de práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente ou que contrariem ao art. 221 da CF.

Antes do advento do CDC, não havia uma regulamentação específica no que toca à publicidade. Tornou-se necessário, através do reconhecimento da disparidade entre as partes, harmonizar os interesses, buscando compatibilizar o desenvolvimento econômico com os

⁴⁷ Para tanto existe o Marketing Cultural, que consiste na “utilização da cultura como veículo de comunicação para se difundir o nome ou fixar imagem de uma empresa patrocinadora”. Site Administradores. Disponível em <<http://www.administradores.com.br/artigos/negocios/marketing-cultural/44237/>> Acesso em 28/07/2017.

⁴⁸ Consultar art. 220, caput da CF: “ Art. 220: A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. ”

⁴⁹ TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. *Delitos Publicitários no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.137/90*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 71.

⁵⁰ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam*. 2. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 86.

direitos assegurados do consumidor e estipulando medidas repressivas para eventuais abusos praticados.⁵¹

Dessa forma, o CDC destina um dos seus capítulos à regulamentação das práticas comerciais, visto a necessidade de proteger as relações de consumo, auxiliando no controle da legalidade da mensagem publicitária. Para tanto, há previsão de sanções administrativas e a criação de delitos publicitários, sendo estipulado o controle penal, conforme pode ser vislumbrado nos arts. 67, 68 e 69 da Lei 8. 078/90⁵².

Neste contexto, ressalta Dias que as restrições ao exercício da publicidade devem ser razoáveis e proporcionais, visto que “a excessiva ingerência do Estado na tutela do consumidor, poderá conduzir a uma indesejada, e até mesmo inconstitucional, substituição da lei à liberdade do indivíduo”⁵³. Trata-se, então, de buscar o equilíbrio, a publicidade é um instrumento de ordem econômica e detém proteção constitucional, contudo, ela deve ser compatível com os valores sociais e os direitos resguardados pelas legislações vigentes.

É importante mencionar que a defesa do consumidor não prescinde necessariamente da contratação, podendo ser aplicada as normas protetivas em momento anterior a este, na fase da oferta. Desse modo, a publicidade enquanto técnica de estimulação do consumo, recebeu uma atenção especial no Código Consumerista.⁵⁴

3.1 CONCEITO DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA

Apesar de serem empregados de forma indistinta, os termos publicidade e propaganda possuem conotações diferentes. Ambas configuram como uma técnica de persuasão, contudo, possuem objetivos diversos. Enquanto a publicidade possui uma finalidade comercial, de provocar no consumidor o desejo pelo produto; a propaganda é destituída de interesse econômico, seu propósito é promover a adesão a certo sistema ideológico.

⁵¹ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Cível das Celebridades que dela Participam*. São Paulo: 2. ed. rev., atual e ampl., 2007, p. 93-94.

⁵² Consultar art. 67 do CDC: “Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa.” Art. 68: “Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança: Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa” Art. 69: “Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade: Pena Detenção de um a seis meses ou multa.”

⁵³ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 40.

⁵⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 233.

A publicidade, conforme define Dias⁵⁵, pode ser conceituada como meio de divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar o consumo. É através desse instrumento que o consumidor toma ciência dos produtos e serviços disponibilizados, possibilitando posteriormente a sua aquisição. Já a propaganda “visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social”⁵⁶.

O surgimento da propaganda estava associado ao objetivo da Igreja Católica de difundir seus ensinamentos e de estimular padrões de comportamento. Ressalta Guilherme Fernandes Neto⁵⁷ que a origem do termo “propaganda” remonta à *Congregatio de Propaganda Fide*, instituída no séc. XVII para supervisionar a propagação da fé cristã.

Atualmente o Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, conceitua esse instituto como “a técnica de criar opinião pública favorável a um determinado produto, serviço, instituição ou ideia, visando a orientar o comportamento humano das massas num determinado sentido.”⁵⁸ Nesta acepção dispõe Joseane Suzart⁵⁹: “A propaganda preocupa-se em vender estilos de vida e identidades socialmente desejáveis”, não se destina especificamente à venda de um bem de consumo. Contudo, ainda que não possua um fim econômico, é possível que esse efeito advenha reflexamente da relação estabelecida, a difusão de determinadas ideias religiosas ou políticas pode afetar indiretamente o consumo de determinados produtos e isso não retira sua caracterização de propaganda.

Esse instituto não faz parte do controle previsto nos dispositivos do CDC, entende a doutrina majoritária que por não possuir fim mercadológico, ela não estaria atrelada a uma relação de consumo. Entretanto, isso não significa afirmar que a propaganda está imune de regulamentação. As mensagens veiculadas estão sujeitas a inspeção do CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, bem como, em casos de abusividade, a incidência da proteção constitucional e cível.

⁵⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 21.

⁵⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 229.

⁵⁷ FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da Comunicação Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2004, p. 45.

⁵⁸ Código de Ética dos Profissionais da Propaganda. Outubro de 1957. Disponível em <http://www.cenp.com.br/PDF/Legislacao/Codigo_de_etica_dos_proffissionais_da_propaganda.pdf> Acesso em 10/07/2017.

⁵⁹ SILVA, Joseane. Oferta e Publicidade dos bens de consumo: uma análise crítica da realidade jurídica brasileira. In *Publicidade dos bens de consumo*. Salvador: Paginae, 2015, cap. X, p. 324.

Por sua vez, a publicidade não se restringe em apenas tornar o produto público, seu principal intento é o de criar o interesse na sua aquisição, por esse motivo, se afirma que não há sociedade de consumo, sem a publicidade⁶⁰. Não há como dissociar esse termo e sua relação direta com o mercado, comércio e economia.

Em vista dessa perspectiva, descreve Giacomini Filho que “a publicidade é, ao mesmo tempo, arte e negócio, técnica e ciência.”⁶¹ E essa arte se relaciona ao seu poder de despertar no público o desejo da compra, com o seu propósito de motivar o consumidor na aquisição de bens, nem que para isso seja necessário aprimorar constantemente suas técnicas e realizar maciços investimentos.

Por fim, a publicidade é o instrumento que dá origem a uma futura relação estabelecida entre o fornecedor e os usuários dos produtos anunciados, é por meios das informações prestadas que se finaliza a escolha e considerando a importância de suas funções, torna-se imprescindível a regulação por meio do Direito para coibir possíveis abusos.

Na prática existe uma confusão conceitual e os termos acabam sendo utilizados de maneira equivocada; um exemplo disso é o art. 220, § 4º da CF⁶² e alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça⁶³, que utilizam da expressão “propaganda comercial”, como se publicidade fosse. Cabe ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor não conceitua tais institutos, repassando essa discussão no âmbito doutrinário.

3.2 *MARKETING* E PUBLICIDADE

O *marketing* é visto como um conjunto de atividades orientadas ao estudo do mercado, abrangendo toda a análise das necessidades do consumidor até a produção e distribuição do produto ou serviço. Fernando Gherardini Santos aduz que se trata de “uma técnica utilizada em larga escala para dinamizar e extrair do mercado o máximo proveito”⁶⁴. Neste sentido, considerando que ele envolve “todas as atividades comerciais relacionadas a circulação de bens

⁶⁰ Diversos autores compartilham dessa opinião mencionando-a em suas obras, como é o caso de Claudia Lima Marques, Lucia Lopes de Magalhães Dias e Gino Giacomini Filho.

⁶¹ GIACOMINI FILHO, Gino. *Consumidor versus propaganda*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Summus, 2008, p. 10.

⁶² Consultar art. 220, § 4º da CF: “A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”

⁶³ Recursos Especiais: STJ, REsp 1342899/RS ; STJ REsp 1057483/SP.

⁶⁴ SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing: Uma abordagem jurídica do marketing empresarial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 14, 2000, p. 19.

e serviços, desde sua produção até o consumo final”⁶⁵, cabendo à publicidade um papel auxiliar, notado como um relevante instrumento a sua serventia.

O *marketing* existe desde o início das civilizações, quando o homem realizava permutas para sua sobrevivência; contudo, foi somente a partir da década de 50 que se iniciou seu estudo formal. Esse processo de planejamento e execução das necessidades mercadológicas foi dividido por Jeromy McCarthy⁶⁶ em quatro aspectos essenciais, são eles: o produto, o preço, o ponto e a promoção. Tais elementos compõe o denominado mix do *marketing*.

Define o art. 3º do CDC que o produto é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial. Analiticamente, Fernando Gherardini traz uma combinação interessante desse conceito. Ele afirma que o produto é sintetizado sob dois aspetos: um tangível e um intangível. O primeiro se relaciona ao aspecto físico do produto, é o material personificado; já o segundo se relaciona a capacidade desse produto de satisfazer as necessidades humanas, ou seja, o benefício que advém da sua aquisição.⁶⁷

É com a análise desse segundo elemento atrelado ao estudo dos fatores psicológicos⁶⁸ que os profissionais de *marketing* buscam compreender o comportamento do consumidor, possibilitando que sua influência seja decisiva na hora da compra.

O preço é um dos fatores mais importantes, porque ele interfere diretamente nas vendas e na captação de novos clientes. O ponto se refere à escolha dos canais para a distribuição do produto, como, por exemplo, a revenda e a franquia. Já a promoção é conceituada como “qualquer forma de comunicação ligada à divulgação de um produto ao público consumidor”⁶⁹. Desse modo, a publicidade é uma das ferramentas que compõem a promoção.

Por ser um mecanismo de persuasão, todo o processo de criação publicitaria possui relevância jurídica. É preciso analisar como a mensagem foi elaborada para possibilitar a averiguação da sua conformidade com os princípios próprios da publicidade (*vide* capítulo 5).

⁶⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 24.

⁶⁶ MCCARTHY, E. Jerome. *Marketing Essencial: Uma abordagem gerencial e global*. São Paulo: Atlas, 1997.

⁶⁷ SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing: Uma abordagem jurídica do marketing empresarial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 14, 2000, p. 24-25.

⁶⁸ Neste sentido, Philip Kotler e Kevin Lane (*Administração de Marketing*. 12. ed., São Paulo: Editora Afiliada, 2006, p. 182- 188) abordam três teorias: a de Freud, Maslow e Herzberg. Nelas são feitas tentativas de explicar a motivação humana, que trazem diferentes implicações para adequação da estratégia de *marketing*.

⁶⁹ SANTOS, op cit., p. 29.

Sucintamente esse processo pode ser resumido em quatro etapas: o briefing, a reflexão estratégica, a fase de criação e produção, finalizando com a execução da campanha.⁷⁰ “O briefing consiste em todas as informações e instruções preliminares que o anunciante fornece a agência para orientar seus trabalhos.”⁷¹ Deve conter os elementos explicativos do produto e os objetivos da empresa. A reflexão, ocorre no interior das agências, com debates de ideias entre profissionais de diversas áreas. A criação e produção, consistem na seleção e no acabamento do plano de mídia. Após essas etapas, a campanha é executada.

A publicidade virtual, apesar de ser uma modalidade recente, não escapa desse controle, estando sujeita às sanções dispostas no ordenamento jurídico em casos de infringência aos dispositivos legais.

Na sociedade informatizada, surgem novos desafios para o marketing, entre eles o de acompanhar as transformações nos comportamentos e desejos dos indivíduos e o de conhecer as plataformas tecnológicas para desenvolver corretamente as estratégias de mercado. Em atenção a essa nova perspectiva, surge uma nova ferramenta para potencializar as vendas através do engajamento dos influenciadores digitais. Essa relação estabelecida é denominada de *marketing* de influência, que é conceituado como “a arte e a ciência de engajar pessoas que sejam influentes no ambiente online para que compartilhem as mensagens da marca com seu público na forma de conteúdo patrocinado”⁷².

Basicamente, as empresas contratam um influenciador para que este faça a publicidade do produto ou serviço. A produção do conteúdo, normalmente, fica a cargo desse sujeito que, em contrapartida, recebe uma remuneração, uma quantia em dinheiro ou uma comissão sob as vendas realizadas. Esse relacionamento ajuda a dar visibilidade ao produto e possibilita agregar maior valor à marca.

Por todo o exposto, é visto que o *marketing* não se confunde com a publicidade nem a propaganda, ele precede essas etapas e utiliza dessas ferramentas para a consecução de seus objetivos. Cabe ressaltar que, juridicamente, o *marketing* é vislumbrado como uma prática

⁷⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 231.

⁷¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 32.

⁷² SAMMIS, Kristy; LINCOLN, Cat; POMPONI, Stefania. *Influencer Marketing for dummies*. EUA: John Wiley & Sons Inc, 2006, tradução por Cássio Politi. Disponível em: <<https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/23/1489497113Influencer+Marketing+for+Dummies.pdf>> Acesso em 14/06/2017.

comercial e apesar de não haver uma disposição expressa no Código de Defesa do Consumidor, ele está inserido na sua regulamentação.⁷³

3.3 TIPOLOGIA DA PUBLICIDADE

Cumprir estudar, nesse tópico, as espécies de publicidades que ofendem o ordenamento jurídico, consideradas como ilícitas. Em primeiro lugar, serão analisadas as publicidades enganosas e abusivas, que infringem os princípios da transparência e o da não abusividade.⁷⁴ Posteriormente, será examinado a publicidade subliminar e sua afronta ao princípio da identificação.

3.3.1 Publicidade enganosa

O artigo 37 do CDC, coíbe expressamente a publicidade enganosa, ou seja, reprime qualquer comunicação de caráter publicitário ou modalidade de informação, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor, a respeito da natureza, características, qualidades, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.⁷⁵

O objetivo da vedação, entre outros motivos, se relaciona com a validade de uma futura relação de consumo que possa vir a ser estabelecida. Considerando que o erro constitui um vício de vontade, caso o consumidor aceitasse a oferta, haveria a turbação real da sua vontade, comprometendo todo o negócio jurídico e ensejando na sua anulabilidade⁷⁶.

Desse modo, a ilicitude da conduta busca “assegurar que a escolha do consumidor se manifesta de modo consciente, sem enganos ou surpresas em relação aos produtos ou serviços

⁷³ Neste sentido dispõe Antônio Herman Benjamin (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado*. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 247). “De todas essas técnicas de marketing, o Código cuidou, à abundância, só da publicidade. Mas, ao dar a esta uma acepção extremamente ampla, acabou por permitir que seu tratamento ultrapassasse fronteiras, atingindo outros tipos de manifestações mercadológicas [...]”

⁷⁴ SILVA, Joseane. Oferta e Publicidade dos bens de consumo: uma análise crítica da realidade jurídica brasileira. In *Publicidade dos bens de consumo*. Salvador: Paginae, 2015, cap. X, p. 344.

⁷⁵ Consultar art. 37, § 1º, do CDC: “É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.”

⁷⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 97.

contratados”.⁷⁷ Como já discutido anteriormente, a publicidade é ferramenta essencial para que os produtos cheguem ao conhecimento dos indivíduos, possibilitando que eles realizem suas escolhas com base nas informações prestadas. Como mecanismo de persuasão, são necessários investimentos em técnicas atrativas para que as mensagens tenham o poder de seduzir o consumidor. Ocorre que esse potencial de sedução nem sempre combina com uma informação clara, verdadeira, precisa sobre os produtos e serviços. Neste sentido, se concretizam as publicidades enganosas.

Considera-se enganosa a publicidade total ou parcialmente falsa, que é capaz de levar o consumidor a adquirir um produto ou serviço indesejável, por acreditar nas informações veiculadas, ou seja, nas palavras de Giacomini Filho, gera no consumidor “expectativas não atendidas pela oferta do bem anunciado.”⁷⁸ Os consumidores são influenciados por algo que não corresponde à realidade e devido a suas graves consequências, a lei não só pune a efetiva indução à erro, mas também a potencialidade da mensagem levar a seus destinatários ao engano. Neste diapasão, não se perquire a culpa ou o dolo.⁷⁹

Depreende-se do artigo 37, § 1º do CDC, duas modalidades de manifestação da publicidade enganosa, por ação ou omissão. A publicidade enganosa por omissão, prevista no § 3, do art. 37 do CDC.⁸⁰, é aquela que deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. Rafael Maltez considera dado essencial “aquele que efetivamente é capaz de interferir na conduta do consumidor no que concerne à aquisição do produto ou serviço”⁸¹. Do mesmo modo, expõe Antonio Herman Benjamin “dado essencial é aquele dado que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça.”⁸²

Além da omissão de dados essenciais, esse tipo de publicidade pode se manifestar por outras formas, como no caso do oferecimento de informações ilegíveis. O consumidor deve ser

⁷⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 97.

⁷⁸ GIACOMINI FILHO, Gino. *Consumidor versus propaganda*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Summus, 2008, p. 190.

⁷⁹ Dispõe Claudia Lima Marques (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 260): “[...] o art. 37 do CDC, não se preocupa com a vontade daquele que faz veicular a mensagem publicitária. (...). Basta que a informação publicitária, por ser falsa, inteira ou parcialmente, ou por omitir dados importantes, leve o consumidor ao erro, para ser caracterizada como publicidade proibida, publicidade enganosa.”

⁸⁰ Consultar art. 37, § 3º do CDC: “Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informação quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”

⁸¹ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do Consumidor e Publicidade: Análise Jurídica e Extrajurídica da Publicidade Subliminar* Curitiba: Juruá, 2011 p. 187.

⁸² BENJAMIN, Antônio Herman, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 197.

capaz de compreender a mensagem, caso contrário, a sua inacessibilidade equipara-se à omissão. Do mesmo modo, aduz Lucia Dias⁸³ que também é modalidade de publicidade enganosa por omissão, o ocultamento do caráter publicitário das mensagens veiculadas, “induzindo os consumidores em erro quanto à natureza supostamente desinteressada da mensagem.” Quando se há interesse econômico na divulgação de um produto, é necessário deixar claro ao consumidor que se trata de um informe publicitário e não de uma simples opinião, em tom de sugestão/conselho.⁸⁴

Cumprе ressaltar que nem toda omissão é relevante. Tendo um espaço de mídia reduzido, é praticamente inviável que uma publicidade consiga abordar, na íntegra, uma descrição de todos os dados do produto ou serviço, isso acarretaria em um ônus excessivo ao anunciante, prejudicando a prática mercadológica. Contudo, aquelas informações que se referem ao “dado essencial”, não poderão ser omitidas.

O conceito de essencialidade é variável, sofrendo modificações a depender do tipo de produto anunciado e do seu público alvo⁸⁵. Dessa forma, cabe ao juiz aferir esse juízo de valor, verificando se a situação fática se enquadraria ao tipo previsto. O que se procura com isso é não apenas coibir a enganiosidade, mas também a omissão de atributos essenciais. A falta de informação impede que o consumidor conheça os dados que podem influenciar na sua decisão de compra; logo, não basta que a publicidade seja verdadeira, ela tem que atender aos requisitos mínimos para ser veiculada, sob sanção de recair no mesmo ilícito.

Por sua vez, a publicidade enganosa por ação se perfaz quando é veiculado informes, total ou parcialmente falsos, sendo capaz de induzir o consumidor a erro. Esclarece Dias: “Há, portanto, falsidade quando as informações constantes da publicidade não guardam relação com as reais características do produto ou serviço ou com as efetivas condições de contratação anunciadas”⁸⁶.

É imprescindível a análise do nexo de causalidade entre a mensagem e o engano provocado, porque nem toda mensagem falsa, necessariamente, conduz o consumidor a uma falsa percepção da realidade, como é o caso do *puffing*. O *puffing* é uma técnica muito utilizada

⁸³ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 139.

⁸⁴ Neste sentido, o Conar advertiu a blogueira fitness Gabriela Pugliesi sobre a publicidade ilícita, em razão de ter sido realizado um post de um produto da Ambev sem identificar que ele tinha caráter publicitário (maiores detalhes vide capítulo 4).

⁸⁵ MALATEAUX, Lilian Rosa Benedetti. A publicidade enganosa por omissão frente ao Direito do Consumidor. Ribeirão Preto, 2014, p. 59. Disponível em: <file:///C:/Users/Priscila/Downloads/LilianMalateaux%20(2).pdf > Acesso em: 16/06/2017.

⁸⁶ DIAS, op. cit., p. 108.

pelos publicitários, que consiste na utilização de palavras exageradas, como, por exemplo, “é o melhor produto do mundo”; “a bolsa mais linda do mercado”. Em síntese, é uma forma de valorizar o produto, despertando a atenção do consumidor, se acredita que com isso atinge-se a convicção dos indivíduos, possibilitando um aumento nas vendas. O *puffing* é admitido no ordenamento jurídico, entretanto, com ressalvas. Mencionam Benjamin, Marques e Bessa que “o Código de Defesa do Consumidor só libera o exagero dos efeitos do princípio da vinculação (art. 30) quando lhe faltar a precisão suficiente”⁸⁷. Se o anúncio trouxer dados exatos, como a título de ilustração nas frases: “o número de adesões foi de 500 mil pessoas” ou “obtenha o resultado esperado em 5 dias”, não se pode afirmar exagero e o que foi dito vincula.

Em razão do exagero, a mensagem acaba não sendo levada a sério pelo consumidor e por tal motivo é considerada inapta de induzir ao erro. Vale ressaltar que o *puffing* se distingue da publicidade em tom excludente, que basicamente consiste em alegações de exclusividade de um produto ou serviço ou na superioridade da empresa anunciante em relação as suas concorrentes; neste caso, as alegações devem ser passíveis de comprovação, não sendo tratado como mero exagero.⁸⁸

Reputa-se que “[...] para se estabelecer a existência de uma hipótese de simples exagero publicitário é preciso que o consumidor não tome a sério as alegações, porque desprovida de objetiva comprovação desde à primeira vista ou porque refletem um mero juízo de valor do anunciante [...]”⁸⁹. Se assim ela não se estabelecer, poderá recair na ilicitude, caso não retrate a realidade.

Processualmente, em conformidade ao artigo 38 do CDC⁹⁰, se aplica a regra da inversão do ônus da prova. Cabe então ao fornecedor, provar a veracidade dos dados vinculados em seu anúncio publicitário. Qualquer disputa que se alegue enganiosidade ou abusividade do anúncio, acarretará nessa distribuição do ônus da prova, não ficando a cargo da discricionariedade do juiz⁹¹. Atribui-se a responsabilidade para quem de fato tem os meios possíveis para se desincumbir da tarefa.

⁸⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 242.

⁸⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 237-238.

⁸⁹ *Ibidem*, *idem*, p. 239.

⁹⁰ Consultar art. 38 do CDC: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe à quem as patrocina.”

⁹¹ NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 468-469.

Em ambas modalidades de publicidade enganosa, a declaração de vontade do consumidor é tumultuada, pelo desvirtuamento da informação e por tal motivo é expressamente coibida.

Além disso, a publicidade enganosa não atinge apenas relações no âmbito consumerista; ela influencia diretamente nas práticas mercadológicas, refletindo nas atividades empresariais. Um exemplo disso é a prática da concorrência desleal. Na medida em que o empresário se utiliza da veiculação de informações enganosas para seu próprio benefício, ele prejudica seus concorrentes, recaindo em ilícitos cíveis⁹² e penais⁹³.

Por todo exposto, é importante mencionar que publicidade *online*, embora tenha seu controle recente no Brasil, está sujeita aos princípios regentes da atividade publicitária, devendo haver a responsabilização em casos de incidência nas referidas ilicitudes⁹⁴.

3.3.2 Publicidade abusiva

O Código de Defesa do Consumidor aborda a publicidade abusiva por meio de sua caracterização. Dessa forma, é tipificado, em seu art. 37, § 2º⁹⁵ que é abusiva a publicidade que desrespeita valores ambientais, explore a fragilidade do consumidor, incitando seus medos ou a violência, ou que seja capaz de induzir a um comportamento prejudicial a sua saúde e segurança, que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência de criança, ou que seja discriminatória.

Esse rol é meramente exemplificativo, permitindo que outras situações possam vir a ser consideradas como publicidade abusiva. Da norma, é possível se extrair que a publicidade deve respeitar os valores da sociedade⁹⁶ que compõem o sistema normativo e esse é um dos motivos que justificam essa cláusula aberta⁹⁷. Os valores não são estáticos, o que antes era condenado

⁹² Consultar art. 927 do CC: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

⁹³ O próprio art. 67 do CDC, traz a publicidade enganosa como delito e prevê “Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.” Ademais a Lei 9.279/1996 em seu art. 195, I, dispõe “Comete crime de concorrência desleal quem: I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem.”

⁹⁴ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

⁹⁵ Consultar art. 37, § 2º do CDC: “É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”

⁹⁶ Neste sentido, dispõe Rafael Maltez (*Direito do Consumidor e Publicidade: Análise Jurídica e Extrajurídica da Publicidade Subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 189): “[...] a publicidade deve ser ética, sendo defeso veicular mensagens que tragam carga de preconceito, que violem os valores nela descritos.”

⁹⁷ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do Consumidor e Publicidade: Análise Jurídica e Extrajurídica da Publicidade Subliminar* Curitiba: Juruá, 2011 p. 190.

pode vir a ser aceito e a publicidade acompanha esses avanços. Restringir a abusividade poderia tornar a lei ineficiente, face a isso, é exposto esse seu caráter amplo e flexível.

Neste sentido, dispõe Giacomni Filho que “a propaganda abusiva tem sido polemizada por afetar valores sociais relevantes, que são diferentes entre os grupos e mudam de acordo com o processo de aculturação ao longo do tempo.”⁹⁸ É citado, como exemplo, o beijo na boca, que hoje, não é mais condenado como era na primeira metade do séc. XX.

Como o dispositivo legal não traz uma conceituação precisa, a doutrina se incube da definição. Em síntese, aponta Dias que abusiva é “toda publicidade que contrarie o sistema valorativo que permeia o ordenamento jurídico da nossa sociedade, sobretudo os mandamento da Constituição Federal e das leis.”⁹⁹ Por envolver conceitos jurídicos abertos, a avaliação da abusividade da mensagem publicitária repassa por um critério dotado de subjetividade, em razão disso é necessário que julgador observe efetiva conformidade do que foi veiculado com os valores protegidos pelo ordenamento jurídico, mantendo-se “isento de suas próprias experiencias subjetivas e volte-se aos padrões (médios) da coletividade”¹⁰⁰

O objetivo primordial é que qualquer forma de publicidade atentatória aos valores sociais seja devidamente reprimida. Cumpre, então, abordar, de forma sucinta, os tipos de abusividade descritos no dispositivo legal.

A Constituição Federal traz, como direito fundamental, a igualdade¹⁰¹ e a publicidade discriminatória afronta diretamente a norma jurídica, colocando um indivíduo ou um grupo em posição inferior e pode ocorrer em relação a vários fatores, como realçam Benjamim, Marques e Bessa¹⁰², a discriminação pode ter a ver com a raça, nacionalidade, profissão, sexo, convicções religiosas, condição social, entre outros.

Um dos exemplos que pouco é debatido diz respeito ao papel da mulher na publicidade. Em muitos informes publicitários, o gênero feminino é retratado de forma desrespeitosa; de um lado, associam a mulher às funções domésticas, restringindo sua participação a cuidadora do lar e da família, uma visão completamente retrógrada e, por outro, exacerbam o lado sexual,

⁹⁸ GIACOMINI FILHO, Gino. *Consumidor versus propaganda*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Summus, 2008, p.195.

⁹⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 161.

¹⁰⁰ *Ibidem*, *idem*, p. 167.

¹⁰¹ Consultar art. 5º, da CF: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.

¹⁰² BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 245.

retratando-a como objeto, como é possível notar em muitas publicidades de bebidas alcoólicas¹⁰³. Esses casos demonstram um tratamento discriminatório, cumprindo ressaltar que o estereótipo¹⁰⁴ pode sim configurar violações dos direitos e garantias fundamentais, perfazendo-se a publicidade abusiva.

Ademais, qualquer publicidade que incite a violência, exploração do medo ou da superstição e desrespeite valores ambientais também são coibidas. Essas medidas buscam preservar a ordem social, o meio ambiente e a moralidade. Em relação à violência, para que a publicidade seja considerada abusiva, ela tem que ter o condão de estimular a sua prática, como explicita Dias “deve-se verificar a mensagem que o anúncio realmente transmite ao público”¹⁰⁵, a simples representação da violência, não necessariamente, incita a prática do ato.

Além disso, a informação veiculada deve ser clara, precisa e verdadeira e vender produtos ou serviços estimulando o medo e superstições é conduta reprovada no ordenamento pátrio. Se aproveitar das fraquezas dos consumidores em busca de retorno econômico é torpe e imoral e por tais motivos coibido.

A preservação do meio ambiente é preceito constitucional, disposto nos arts, 220, § 3º, II e 225 da Carta Magna.¹⁰⁶ Essa proteção relaciona-se com o direito à vida, já que o futuro das próximas gerações depende dos recursos naturais disponíveis. O desrespeito a essa norma atinge não apenas os consumidores espectadores, como também toda a coletividade. Dessa forma, também dispõe o CONAR, em seu art. 36, que a publicidade deverá refletir as preocupações da humanidade com os problemas do meio ambiente, sendo combatidos os anúncios que estimulem a poluição, depredação da fauna e flora e desperdício dos recursos

¹⁰³SANTOS, Clarissa Pereira Gunça dos. A imagem da mulher na publicidade de bebidas alcoólicas. In SILVA, Joseane Suzart Lopes da; MELO, Ravena Seida Tavares de (Org). *Publicidade dos bens de consumo*. Salvador: Paginae, 2015, p. 158.

¹⁰⁴ Conforme ressalta Giacomini Filho (*Consumidor versus propaganda*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Summus, 2008, p. 202) estereótipos “são ideias e símbolos que sintetizam pontos de vista tradicionais na cultura social, mas, por vezes, traduzem preconceitos, como a insistência de usa a mulher como apelo sexual em anúncios de bebidas alcoólicas, imóveis e automóveis, ou então a figura de pessoas obesas para criar um atmosfera engraçada ou situação ridicularizadora.”

¹⁰⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 179.

¹⁰⁶ Consultar art. 220, § 3º, II, da CF: “Compete à lei federal: estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.”

Consultar art. 225º, da CF: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

naturais. A publicidade possui uma função social e não pode desrespeitar esses valores ambientais.

Tem-se também o princípio da inofensividade da publicidade. “Impede ele qualquer publicidade capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde.”¹⁰⁷. Evidencia Fernando Santos¹⁰⁸ que essa caracterização será feita independente do produto ou serviço anunciado e sim em observância a mensagem veiculada, como é o caso de uma publicidade que incite o uso inapropriado de um medicamento.

Por fim, a lei prevê ressalvas à publicidade dirigida ao público infantil. Dispõe o art. 12 do ECA¹⁰⁹ que se considera criança a pessoa de até 12 anos incompletos. Esses indivíduos são vulneráveis, estão em fase de formação e podem ser facilmente influenciados por esse instrumento, por esses motivos o CDC, trouxe expressamente a hipótese de abusividade para aqueles se aproveitam das suas deficiências de julgamento e experiência¹¹⁰.

Da mesma forma, há uma seção disposta no art. 37 do Código Brasileiro de Autorregulação Publicitativa, que traz critérios mais objetivos para apuração da abusividade, especificando alguns tipos de comportamentos vedados (como por exemplo, determina que o anúncio não poderá dirigir apelo imperativo de consumo a crianças). Neste sentido, a liberdade da atuação dos publicitários e anunciantes é restringida em virtude da proteção aos interesses e direitos da criança, visto a sua condição peculiar de fragilidade perante as práticas mercadológicas.

Entretanto, uma nova questão surge na sociedade informatizada, de maneira bastante afrontosa, os próprios youtubers mirins são utilizados como veículo de transmissão da publicidade infantil, desse modo, “abusa-se da ingenuidade e confiança natural das crianças, usando outras crianças para lançar e demonstrar produtos e até serviços direcionados ao público infantil.”¹¹¹ Cultiva-se um estilo de vida maléfico, exaltando o consumo desenfreado em

¹⁰⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 246.

¹⁰⁸ SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing: Uma abordagem jurídica do marketing empresarial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 14, 2000, p. 224.

¹⁰⁹ Consultar art. 2º do ECA: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

¹¹⁰ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. In net: Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em 24/07/2017.

¹¹¹ Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/108896/youtubers_mirins_novos_almeida.pdf> Acesso em 24/07/2017.

desrespeito às leis protetivas da infância, contudo, ainda tem-se pouca discussão sobre o assunto e na prática os vídeos continuam a serem lançados sem que haja represálias.

Como dito, anteriormente, essas hipóteses são meramente exemplificativas, podendo outras situações serem compreendidas como publicidades abusivas.

3.3.3 Publicidade subliminar

O vocábulo subliminar significa inferior ao limiar, o que não é explícito, mas que pode ser subtendido, é a percepção abaixo do consciente.¹¹² Esse tipo de publicidade consiste na veiculação de mensagens publicitárias com uma intensidade tão reduzida que não consegue ser captada pelos consumidores¹¹³. Nas palavras de Adalberto Pasquoleto, é aquela que “atua no plano do inconsciente do indivíduo enquanto as formas publicitárias, inclusive as infratoras, agem sobre o consciente, tentando induzir o consumidor a determinado comportamento [...]”¹¹⁴

É o tipo de mensagem que é veiculada em milésimos de frações de segundos, sem que o “destinatário sequer consiga captar a existência dos estímulos”¹¹⁵. O primeiro relato de utilização desta técnica teria ocorrido em 1956, nos EUA, com o experimento de Jim Vicary. Durante o filme *Picnic*, a frase Beba Coca-cola era projetada a cada cinco segundos, na velocidade de 1/3000 de segundos cada vez, sendo relatado um aumento de 57,7% das vendas durante o intervalo.¹¹⁶

Posteriormente, Vicary admitiu que sua experiência foi um truque e que os dados haviam sido inventados, mas as consequências já tinham sido geradas; suas afirmações foram suficientes para a criação de uma crença no poder das mensagens subliminares, repercutindo em diversos estudos de psicologia sobre o tema.¹¹⁷

¹¹² Consulta ao Dicionário Aurélio. Disponível em < <https://dicionariodoaurelio.com/subliminar> > Acesso em 24/07/2017.

¹¹³ SILVA, Joseane. Oferta e Publicidade dos bens de consumo: uma análise crítica da realidade jurídica brasileira. In *Publicidade dos bens de consumo*. Salvador: Paginae, 2015, cap. X, p. 345.

¹¹⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade: no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 65.

¹¹⁵ FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da Comunicação Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2004, p. 174.

¹¹⁶ CALAZANS, Flavio. *Propaganda Subliminar Multimídia*. São Paulo: Summus Editorial, 2006, p. 26.

¹¹⁷ LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: Verdades e mentiras sobre por que compramos*. Harpen Collins, tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009, p. 66-67.

Sendo assim, novas experiências foram realizadas. Em 1999, os pesquisadores da Universidade de Harvard, após testarem o poder da técnica subliminar, chegaram a indícios irrefutáveis de que essas sugestões podiam afetar o comportamento das pessoas¹¹⁸. Apesar de existirem posições controvertidas sobre a eficácia da mensagem subliminar e das divergências científicas sobre a sua comprovação, alguns publicitários continuam a se utilizar desse veículo para tornar os produtos mais desejados, aumentar as ações de venda e conquistar novos clientes.

Para entender os efeitos da mensagem subliminar, é necessário estudar o cérebro humano, seus estímulos e reações, os publicitários que realizam essas pesquisas buscam relacionar as zonas cerebrais com as emoções humanas, visando gerar a aceitação de determinado produto ou serviços. Trata-se de utilização de uma nova forma de publicidade, atingido o subconsciente do consumidor e moldando seu comportamento.

O Código de Defesa do Consumidor não faz menção à publicidade subliminar, mas, estabelece, em seu art. 36, que “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”, regendo o princípio da identificação publicitária. Dessa maneira, o anúncio imperceptível configura-se como uma técnica antijurídica, já que é uma espécie de publicidade oculta que viola os direitos do consumidor. Trata-se, portanto, de uma defesa implícita, mas que ainda é insuficiente, levando-se em conta que o tema merecia uma abordagem mais específica e contundente.

Ainda que o Código de Defesa do Consumidor não aborde a publicidade subliminar de forma clara, é necessário interpretá-lo amplamente. A utilização dessa publicidade é considerada ilícita, já que viola uma série de princípios, atingindo diretamente os direitos do cidadão consumidor.

¹¹⁸ LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: Verdades e mentiras sobre por que compramos*. Harpen Collins, tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009, p. 75.

4 PUBLICIDADES ILÍCITAS ENVOLVENDO OS INFLUENCIADORES DIGITAIS

As constantes transformações redefiniram a forma de comunicação entre os sujeitos, há agora uma nova realidade, que tem como característica marcante a utilização crescente de meios digitais. Basicamente, grande parte das relações interpessoais são travadas nestes ciberespaços em que “[...] a sociedade vive uma amplificação de vozes, onde as pessoas estão aprendendo a compartilhar pensamentos, ideias e experiências através de novos modos de produzir e consumir conteúdo.”¹¹⁹ Dentro de um contexto de comércio diferenciado, as abordagens tradicionais podem não ser bem sucedidas; dessa maneira, buscam os fornecedores e comerciantes a criação de nova técnicas publicitárias.

Nesta conjuntura, o “homem passa a ser mais atento ao que acontece não apenas à sua volta, mas ao que influencia o mundo em que vive”¹²⁰, e uma das grandes práticas comerciais que sintetiza esse entendimento, são as parcerias realizadas com os formadores de opinião. Estes sujeitos, que detém um alto poder persuasivo e repercutem conteúdo aos milhares de seguidores¹²¹, têm suscitados importantes questões jurídicas no que diz respeito à publicidade e consumo.¹²²

Inúmeras divulgações são constantemente veiculadas nas redes sociais por intermédio dos influenciadores digitais e, a depender do caso concreto, pode ser consubstanciado o emprego da publicidade testemunhal, definida como toda mensagem publicitária em que os consumidores “são levados a acreditar na existência de opiniões, crenças ou experiências de uma pessoa distinta do anunciante, ainda que a visão expressa pela parte seja idêntica àquela do anunciante.”¹²³ O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária subdivide essa modalidade em: testemunhal de especialista/perito, de “pessoa famosa”, de pessoa comum ou consumidor.¹²⁴

Tendo em vista que as celebridades são pessoas públicas ou famosas que possuem renome e notabilidade¹²⁵ em uma nova configuração de sociedade, definida pelas interações

¹¹⁹ ROCHA, Eudson; ALVES, Lara Moreira. *Publicidade online: O poder das mídias e redes sociais*. Goiânia: Fragmentos de Cultura, 2010, v. 20, n. 3/4, mar./abr., p. 221.

¹²⁰ *Ibidem*, *idem*, p. 223

¹²¹ SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. *O Direito do Consumidor e a Publicidade*. São Paulo: Mp Editora, 2008, p. 87.

¹²² Disponível em: <<http://propmark.com.br/mercado/digital-influencers-publicidade-e-consumo>> Acesso em 07/08/2017.

¹²³ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 242.

¹²⁴ Subdivisão presente no Anexo “Q” do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

¹²⁵ Consulta ao dicionário online de português. Disponível em <<https://www.dicio.com.br/celebridade/>> Acesso em 07/08/2017.

estabelecidas em rede, considera-se que determinados influenciadores digitais poderiam, por analogia, serem reconhecidos dessa maneira. Não se pretende com isso generalizar a situação, nem igualar os papéis mercadológicos derivados desses diferentes nichos midiáticos, mas abordar uma renovada perspectiva fruto da evolução tecnológica. É o caso, a exemplo, de algumas resenhas produzidas por youtubers, que, através de um acordo comercial, se dispõem a relatar suas próprias experiências e conhecimentos sobre produtos e serviços, fornecendo, por fim, seu depoimento testemunhal. Esse sujeitos possuem interesse de criar conteúdo para seu canal, aumentar a interação com o público, revertendo os *views* em dinheiro¹²⁶.

Os consumidores, por sua vez, “tendem a outorgar maior credibilidade às opiniões e juízos de terceiras pessoas do que as manifestadas pelo próprio anunciante.”¹²⁷ A imagem da pessoa testemunhante agrega mais valor ao produto, desencadeando um comportamento positivo do consumidor, que normalmente o adquire. Estimula-se o desejo, refletindo em uma técnica bastante persuasiva que traz maior força a mensagem veiculada.¹²⁸

Desse modo, considerando o potencial de influência desse tipo publicidade na escolha do consumidor, é imprescindível que os testemunhos sofram os efeitos do princípio da veracidade, tendo o encargo de refletir as suas reais impressões sobre o produto e os benefícios ou resultados preconizados, sob pena de ser revelar como enganosas.¹²⁹ É importante ressaltar, que se trata de modalidade lícita, que deve ser praticada com cautela para não concretizar abusos.

As redes sociais passaram a ser exploradas como ferramentas publicitárias; em virtude de sua natureza interativa e pela grande aderência do público, vislumbrou-se um canal de comunicação rentável com os usuários, propícios as práticas mercadológicas, contudo inúmeras ilicitudes são perpetradas nestes ambientes e uma das modalidades que se destaca é a publicidade oculta nos blogs.

Tido como um diário virtual, os blogs permitem um espaço de compartilhamento de ideias e opiniões sobre diversos assuntos, com narrativas descontraídas e informais. Essa plataforma atraiu a atenção dos fornecedores, que vislumbraram um instrumento promissor à

¹²⁶ É possível monetizar os vídeos postados no youtuber através da inserção de anúncios de terceiros, se converte as visualizações à uma certa quantia de dinheiro pago pela plataforma. Disponível em <<http://oportunidadesdigital.net/como-monetizar-no-youtube/>> Acesso em 07/08/2017.

¹²⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 242.

¹²⁸ PASSOS, Michele Barreto. *O Controle Jurídico da Publicidade Ilícita*. Goiânia: Edição do Autor, 2013, p. 163-164.

¹²⁹ DIAS, op. cit., p. 243.

divulgação de seus produtos e serviços já focados em um público alvo específico, segmentado por assunto de interesse e fidelizado ao autor.¹³⁰ O problema surge na inserção de mensagens sem a referida indicação de que se trata de uma publicidade paga pelo fornecedor, conduzindo os seguidores a acreditarem que o post aborda uma opinião desinteressada, um conselho/indicação. Isso acontece, muitas vezes, porque os “leitores não se interessam por textos patrocinados, dando menos respostas, através da seção de comentários.”¹³¹, havendo “claramente uma predileção por parte dos seguidores pelas publicações ditas autênticas, que não são fruto de uma relação contratual.”¹³²

Ademais, para o próprio fornecedor é mais interessante que o consumidor acredite que se trata de uma indicação em que o *bloguer*, na posição de consumidor, aprovou o produto, ou seja, um reflexo de sua experiência positiva, do que como inserção de anúncio publicitário, postado através de um acordo comercial. Sintetiza Dias que “onde existe a aparência de uma informação neutra e desinteressada a publicidade se torna mais influente e capaz”¹³³, e é exatamente esse objetivo do mercado de consumo.

Trata-se, então, de uma espécie de publicidade enganosa, que conduz o consumidor a erro quanto à origem e natureza das alegações veiculadas, não sendo imperioso para sua caracterização o pagamento direto (em dinheiro) pelo fornecedor, bastando a percepção de alguma vantagem por parte do veículo em troca da divulgação da mensagem.¹³⁴

O blogueiro tem a obrigação de deixar explícita a sua relação comercial com a empresa do produto divulgado. Na prática, alguns influenciadores utilizam a tag “*publipost*” ou “*publi*” para fazer a correta identificação, mas ainda assim, são constantes os casos de ocultação do caráter publicitário, violando a Lei 8.078/90 e os preceitos dispostos pelo Conar.

Sobre o assunto, foi dada uma entrevista pelo *youtuber* Felipe Neto¹³⁵ à revista Veja, em que ele é categórico ao afirmar que “falta ética à publicidade digital no Brasil”, tecendo

¹³⁰ CARDOSO, Jéssica Viana; LAZZARINI, Sônia A. Martins. *Os blogs como fermenta de construção da imagem de uma marca de moda*. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2013/resumos/R8-0218-1.pdf>> Acesso em 09/08/2017.

¹³¹ FURTADO, Laís. A publicidade em blogs de moda: uma análise da produção publicitária à luz da legislação brasileira. In SILVA, Joseane Suzart Lopes da; MELO, Ravena Seida Tavares de (Org). *Publicidade dos bens de consumo*. Salvador: Paginae, 2015, p. 394.

¹³² *Ibidem*, *idem*, p. 394.

¹³³ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 205.

¹³⁴ *Ibidem*, *idem*, p. 206 et seq.

¹³⁵ Um dos primeiros e bem sucedidos youtubers do país, que bateu o recorde mundial de live na plataforma. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/felipe-neto-e-irmao-batem-recorde-mundial-em-live-no-youtube/>> Acesso em 09/08/2017.

importantes comentários sobre a prática de dissimulação da publicidade nas plataformas online. Segundo ele, os influenciadores têm que se “submeter a normas éticas, seja um site de jornalismo, um blog de maquiagem, um perfil do Instagram ou um programa do YouTube. A internet não pode ser uma terra sem lei.” E continua alertando que é preciso uma atuação mais efetiva do Conar, que existe uma responsabilidade por trás do ofício do influenciador.

Ele polemizou ao rejeitar a campanha do MEC sobre a reforma do ensino médio, explicitando que sua opinião não estaria à venda, sendo inaceitável emitir um elogio, como se fosse um reflexo de seu pensamento, quando isso não condiz com a realidade.¹³⁶ Acontece que nem todos são adeptos a esse raciocínio, tendo o devido zelo com as mensagens veiculadas, o que repercute na quantidade de publicidades ilícitas perpetradas na internet.

É imperioso reconhecer que a proteção jurídica e a aplicação do direito ficam prejudicados no ambiente virtual, por ser um espaço de livre circulação de informações, o controle é dificultado, o que favorece o cometimento de práticas abusivas. Ademais, as peculiaridades desses espaços não favorecem a aplicação de analogias, já que as normas gerais, muitas vezes, não atendem bem ao caso exposto.¹³⁷ A proteção do consumidor, nesses casos, ainda não é a contento.

A seguir, far-se-á uma exposição dos casos envolvendo influenciadores digitais e a publicidade ilícita, trata-se de uma temática recente de discussão tímida no ordenamento jurídico. Por conseguinte, foram também selecionadas representações envolvendo o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária¹³⁸, e um processo em curso na Austrália que retrata a temática, evidenciando a abrangência do assunto. Ressalta-se, que o objetivo primordial é a exposição dos casos concretos, da análise fática, selecionados pela pertinência temática entre as plataformas digitais e os tipos de mensagens ali veiculados.

4.1 ESTUDO DE CASO 01

O caso, a seguir, aborda uma representação do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, órgão não governamental sem fins lucrativos, que visa

¹³⁶ Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/entretenimento/felipe-neto-falta-etica-a-publicidade-digital-no-brasil/>> Acesso em 10/08/017.

¹³⁷ BEZERRA, Thaisa Brito Portal de Almeida. *A publicidade abusiva veiculada por meio dos blogs e das mídias sociais*. Trabalho de Conclusão de Curso. Brasília: 2016, p. 29. Disponível em <<http://www.repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/10617/1/21236281.pdf>> Acesso em 10/08/2017.

¹³⁸ Disponível em <<http://www.conar.org.br/>> Acesso em 10/08/2017.

promover a liberdade de expressão publicitária e defender as prerrogativas constitucionais da propaganda comercial. Os seus integrantes, através do Conselho de Ética, realizam o julgamento das denúncias, sendo de sua responsabilidade aplicar advertências, recomendar alterações ou a suspensão da veiculação do anúncio.¹³⁹ Trata-se da “[...] instituição privada por excelência que fiscaliza a ética na propaganda comercial veiculada no Brasil, norteador-se pelas disposições contidas no seu Código”.¹⁴⁰

A representação de nº 211/15¹⁴¹ foi gerada após a reclamação de dezesseis consumidores contra postagem em mídia social onde Gabriela Pugliesi divulgava a apresentação da Cerveja Skol. Os consumidores denunciaram a ausência de identificação do caráter publicitário da mensagem, além de considerarem que o anúncio poderia induzir os menores de idade ao consumo de álcool. Gabriela Pugliesi é uma blogueira fitness, que ganhou notoriedade ao compartilhar, em seu *instagram*, sua rotina de vida e dicas de hábitos alimentares saudáveis. Com 3,5 milhões de seguidores e 514.478 mil inscritos em seu canal do *youtuber*, ela se tornou uma influenciadora digital, abrindo mão de sua carreira para investir na internet.¹⁴²

Em sua defesa, no julgamento da representação, negou a Ambev o caráter publicitário das mensagens, aduziu que não houve remuneração para a divulgação do post, que teria sido realizado por livre iniciativa de Gabriela; arrematou informando que foi solicitado a ela a interrupção da divulgação. Não houve defesa por parte da blogueira o que gerou presunção de veracidade dos fatos alegados; desse modo, não foram aceitas as alegações da Ambev e as postagens foram consideradas como publicidade velada. Constatada a violação aos dispositivos, recomendou o relator advertência aos envolvidos e a alteração dos *post*, “porque, além de desrespeitarem o Código, faltaram com boa-fé e responsabilidade social.” O voto foi acolhido pela maioria.

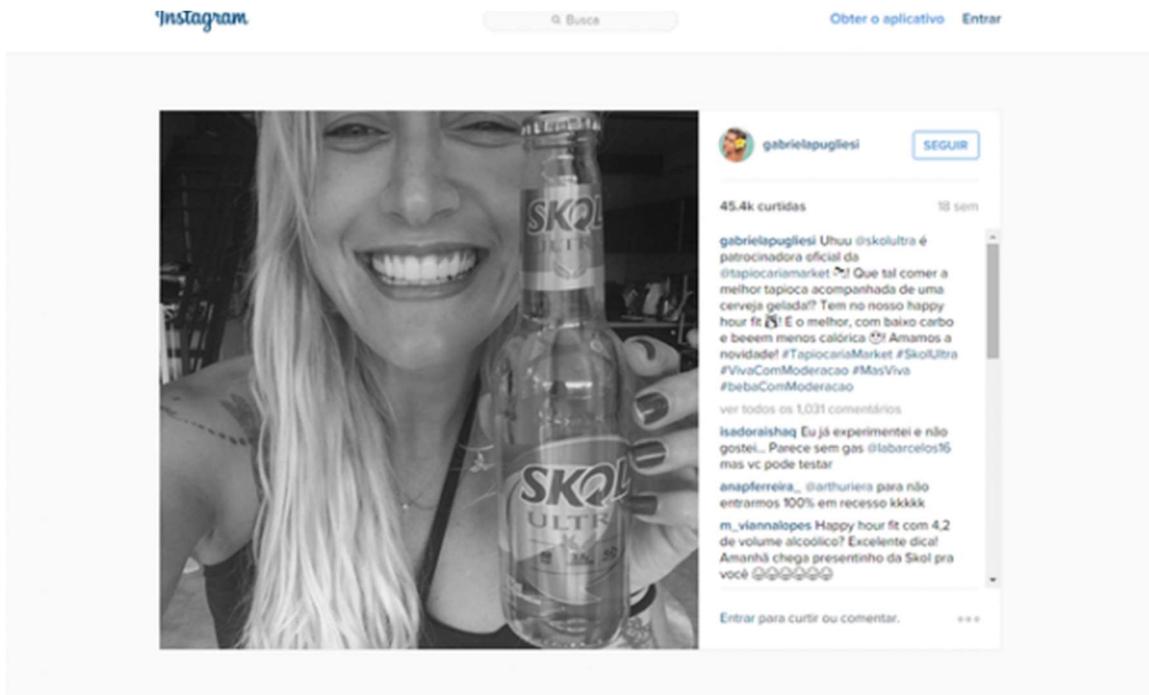
¹³⁹ Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>> Acesso em 10/08/2017.

¹⁴⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 42.

¹⁴¹ Disponível em: <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=4259>> Acesso em 04/08/2017

¹⁴² Disponível em: <http://www.purepeople.com.br/famosos/gabriela-pugliesi_p545069> e <https://www.youtube.com/results?search_query=vendi+meu+sofa> Acesso em 04/08/2017

Figura 1 – Publicação que deu ensejo à Representação n° 211/15.



Fonte: Site Veja¹⁴³

Ainda segundo o Conar, “os blogs não podem tentar disfarçar ou fazer com que o consumidor não perceba que se trata de propaganda comercial.” Preceito este desrespeitado pela blogueira, conforme vislumbrado na imagem acima.

4.2 ESTUDO DE CASO 02

Esse caso refere-se a três representações, n^{os} 221/12, 222/12 e 223/12,¹⁴⁴ que tiveram parecer, tramitação e votos simultâneos, instaurados após a denúncia de consumidores contra os anunciantes: Blog da Mariah, Blog da Thassia e Blog da Lala Rudge. Foram questionadas a “coincidência das datas e expressões usadas pelas blogueiras na divulgação de produtos da Sephora, na indicação do endereço eletrônico da loja e o fato de terem sido ilustradas com imagem de produtos em cujo rótulo há a menção *not sale*”, sendo suscitada a possibilidade do caráter publicitário nos posts realizados. Foi instaurada a representação para apurar os fatos narrados, já que a ação publicitária deve ser facilmente identificada como tal¹⁴⁵.

¹⁴³ Disponível em: <<http://vejasp.abril.com.br/cidades/conar-adverte-gabriela-pugliesi-por-publicidade-ilegal/>> Acesso em 04/08/2017.

¹⁴⁴ Disponível em: <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=3240>> Acesso em 05/08/2017.

¹⁴⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 65.

As defesas foram enviadas separadamente, nelas foi negado o caráter publicitário das mensagens, aduzindo que se tratava de mera informação editorial decorrente da experimentação dos produtos pelas autoras dos posts. O Blog da Mariah explicitou que existe conteúdo patrocinado em seu *blog*, o que não é vedado, mas que eles respeitam as diretrizes do Conar, sendo tais conteúdos distintos e de fácil identificação, o que não se perfazia no caso exposto pelos consumidores. Atribuíram a coincidência de termos e datas ao fato de terem sido distribuídos pela Sephora *press release* e produtos para experimento.

Em seu voto, o relator propôs a advertência aos blogs e aos anunciantes. Ele levantou o questionamento sobre essa ferramenta comunicacional e como ainda é difícil de realizar o controle dessas publicações, em vista da natureza dos blogs e pela forma como as interações se concretizam. Em suas palavras: "Sabemos que não estamos julgando um processo em que se discute anúncios sob o prisma da ortodoxia, veiculados na mídia tradicional e com os papéis da cadeia mercadológica e da comunicação perfeitamente claros e delineados", sobre os quais o Código tem se mostrado suficiente e eficiente.

O que está em evidência é uma nova plataforma interacional, que possui peculiaridades próprias e que impõe uma cautela para a correta aplicação das diretrizes preceituadas. Desse modo, ele continua aduzindo "Não estamos falando de atividade de profissionais de jornalismo ou de publicidade. Os blogs nascem espontaneamente e se proliferam na justa ânsia dos indivíduos de se comunicarem, fazerem-se ouvir [...]." Eles levam suas experiências ao maior número de interessados possíveis, "transformando o blogueiro em editor, *publisher*, redator, sem que lhe sejam exigidos formação técnica, princípios éticos ou vocação." Quando o sucesso chega, os "anunciantes não tardam a aparecer, pois todos na cadeia produtiva se interessam por um canal isento, com seus nichos de mercado para promover produtos ou serviços a um custo acessível se comparado com os custos da mídia tradicional."¹⁴⁶

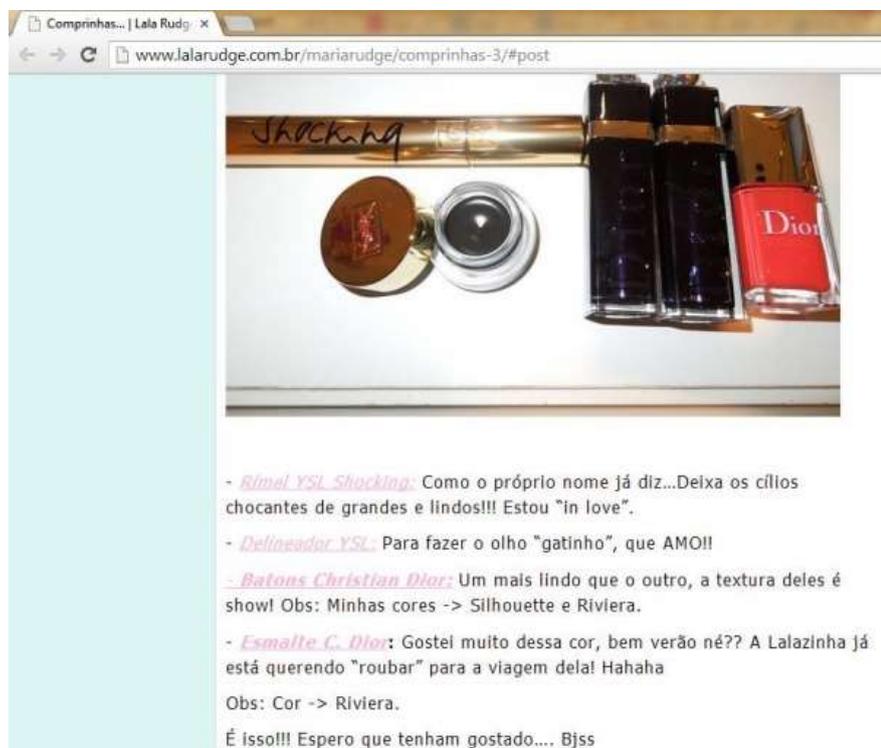
Para o relator, as reclamações derivam da confusão criada pelas dicas dos blogs mencionando explicitamente marcas de produtos e indicações relativas a seu uso. A mensagem não pode ocultar seu caráter publicitário, se transvestindo de uma mensagem neutra, em tom de sugestão, "Para os cânones da nossa autorregulamentação, considera-se ostensiva a clara alusão à marca do produto, razão social do anunciante ou emprego de elementos reconhecidamente a ele associados. É isto que passou a caracterizar como leal e ético o merchandising."

¹⁴⁶ Voto extraído das Representações nº 221/12 - 222/12 - 223/12, disponível em <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=3240>> Acesso em 05/08/2017.

Arrematou pugnando que a forma de comunicação comercial utilizada pelas conselheiras de moda e beleza foi descuidada, sem a devida advertência do caráter publicitário. Na oportunidade, esclareceu que não é o objetivo do conselho criar obstáculos para a utilização da internet como mídia, já que historicamente, eles defendem à liberdade de expressão. Mas que a “A ética publicitária aplica-se a todo e qualquer meio de comunicação, incluída a web, que se associou ao Conar e aderiu às normas em vigor, por meio da IAB Brasil e que reúne todos os portais que exploram a publicidade.”¹⁴⁷

Sua recomendação de advertência aos blogs e à anunciante prendeu-se ao que denominou de "caráter pioneiro" da representação, ao desconforto causado a seguidores dos sítios eletrônicos e às normas éticas da identificação publicitária previstas no Código. Assim, espera o relator, os denunciados sejam estimulados "a adotar medidas que protejam essa forma de comunicação, ganhando respeitabilidade e confiabilidade e protegendo consumidores e a evolução da sociedade como um todo". Seu voto foi aceito por unanimidade.¹⁴⁸

Figura 2 – Publicação no blog Lala Rudge que deu ensejo às representações mencionadas.



¹⁴⁷ Voto extraído das Representações nº 221/12 - 222/12 - 223/12, disponível em <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=3240>> Acesso em 05/08/2017.

¹⁴⁸ Resumo extraído das Representações nº 221/12 - 222/12 - 223/12, disponível em <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=3240>> Acesso em 05/08/2017.

Fonte: Blog Lala Rudge¹⁴⁹

Figura 3 – Publicação no blog da Thassia Naves que deu origem as representações mencionadas.

Dica de Beauté – Meus atuais queridinhos do YSL!

10.07.2012

Meninas, hoje vou compartilhar duas diquinhas tops de beleza por aqui!

As vezes fico um tempinho sem mostrar novidades porque estou testando algo novo ou então está tudo na mesma. Rrsr. Mas depois de usar, repor e usar novamente tenho certeza que assim como eu, quem testar esses produtos vão se apaixonar por eles!

Ambos são do YSL, um rímel e um delineador em gel, que passamos com um pincel lembram? Vamos lá:



1 – Rímel Volume Effet Faux Cils Shocking – Meninas esse é o rímel mais dramático que já experimentei na vida! Ele proporciona muito volume aos cílios pois tem um aplicador especial que faz esse efeito. Comprei meu primeiro em fevereiro, e juro, já estou abrindo o terceiro tubinho! Já indiquei para as amigas, para minha maquiadora e não troco por nada!

Quem quiser comprar tem ele [AQUI](#)!

2 – Delineador Eyeliner Gel – Depois de viciar em fazer makes com um belo traço de delineador, sempre experimento os lançamentos do produto em gel. Primeiro porque acho bem mais fácil de aplicar e segundo que acho que eles têm maior duração! Adoro o da Bobbi Brown depois de conhecer esse do YSL do viciada! Ainda estou no primeiro potinho, mas como já comprei o segundo, fotografei ele novinho para vocês!

Uso a cor 02, um preto mais suave! Quem quiser comprar tem ele [AQUI](#)!

E agora olhem só como é mais fácil aplicar esse tipo de delineador em gel! Até eu consigo arrasar no traço! hehehe

Fonte: Blog Thassia Naves¹⁵⁰

¹⁴⁹ Disponível em <<http://www.lalarudge.com.br/lala-rudge/dicas/comprinhas-3/#post>> Acesso em 14/08/2017

¹⁵⁰ Disponível em <<http://www.blogdathassia.com.br/br/2012/07/10/dica-de-beaute-meus-atuais-queridinhos-do-ysl/>> Acesso em 14/08/2017.

Figura 4 – Publicação no blog da Mariah que deu ensejo às representações mencionadas.



Fonte: Blog da Mariah¹⁵¹

A decisão do Conar, referente a esses três *posts*, é louvável, afinal existe uma forte tendência de utilização da plataforma online, através dos influenciadores, para fins publicitários, o que reflete na necessidade de gerar soluções ao caso concreto, proporcionando efetividade aos preceitos éticos e legais.

4.3 ESTUDO DE CASO 03

O seguinte caso encontra-se em curso na Austrália. A blogueira Belle Gibson ficou conhecida por ter vencido a luta contra o câncer terminal no cérebro usando terapias naturais. Aproveitando o ensejo, ela publicou um livro e um aplicativo sobre a suposta receita milagrosa, trazendo dicas de produtos saudáveis. Posteriormente, em entrevista à revista “Women’s Weekly”, foi por ela confessado que as alegações haviam sido inventadas.¹⁵²

A associação que defende o direito dos consumidores do estado australiano de Vitória conduziu uma investigação sobre as atividades de Belle e pediu à Corte Federal daquele país

¹⁵¹ Disponível em <<http://www.blogdamariah.com.br/index.php/2012/07/perfumes-makes-e-afins/>> Acesso em 14/08/2017.

¹⁵² Disponível em <<https://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/blogueira-que-fingiu-ter-cancer-processada-por-enganar-consumidores-19244628>> Acesso em 14/08/2017.

para prosseguir com ação, que foi acatada. A editora Penguin Austrália, que lançou o livro da blogueira, já concordou em pagar multa de US\$ 22.200 por não ter checado os dados.¹⁵³

Figura 5 – Proporção que a história tomou na mídia. Belle Gibson foi coroada pela revista Cosmolitan como a Mulher mais inspiradora do ano.



Fonte: Abc.net¹⁵⁴

A história falsa foi utilizada para alavancar a venda dos livros e incrementar a popularidade do aplicativo, interferindo diretamente no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços que, possivelmente, não o faria, se soubesse da verdade. Desse modo, devido aos danos causados, estipula-se que poderá a companhia da blogueira receber uma multa de R\$ 1.1 milhão de reais, se procedente a ação.¹⁵⁵

4.4 ESTUDO DE CASO 04

Trata-se de Recurso Especial nº 1.381.610¹⁵⁶, julgado pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, que acolheu, em unanimidade, o voto da relatora Ministra Nancy Andriahi.

¹⁵³ Disponível em <<https://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/blogueira-que-fingiu-ter-cancer-processada-por-enganar-consumidores-19244628>> Acesso em 14/08/2017.

¹⁵⁴ Disponível em <<http://www.abc.net.au/triplej/programs/hack/fake-wellness-blogger-belle-gibson-fails-to-show-up-to-court/8618620>> Acesso em 14/08/2017.

¹⁵⁵ Disponível em <<http://adrenaline.uol.com.br/2016/05/06/42882/blogueira-que-mentiu-ter-cancer-terminal-para-vender-aplicativo-e-processada-na-australia/>> Acesso em 14/08/2017.

¹⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1.381.610 RS 2013/0061353-6. 3ª Turma. Responsabilidade de quem mantém e edita o blog. Existência. Enunciado nº 221 da Súmula/STJ. Aplicabilidade. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/09/2013, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 12/09/2013.

O autor ingressou com uma ação indenizatória, alegando ter sido alvo de matéria ofensiva publicada em blog criado e editado pelo réu, pleiteando, portanto, indenização por danos morais. A sentença julgou procedente o pedido inicial, condenando o réu ao pagamento de 30 salários mínimos. Em sede apelação, foi negado provimento ao seu recurso, dando azo à interposição do mencionado REsp.

Apesar de o caso não abordar a publicidade ilícita, importantes conclusões podem ser retiradas do julgado, especialmente no que tange à responsabilidade dos provedores de conteúdo em relação às informações veiculadas *online*. Sendo assim, o presente julgado foi selecionado devido à relevância da fundamentação ali descrita, de extrema importância para o desenvolvimento da tese da responsabilidade civil dos influenciadores digitais.

Em primeiro lugar, discorreu a Relatora sobre a natureza jurídica do blog, aduzindo que “a atividade desenvolvida em um blog pode assumir duas naturezas distintas: (i) provedoria de informação, no que tange às matérias e artigos disponibilizados no blog pelo seu titular; e (ii) provedoria de conteúdo, em relação aos posts dos seguidores do blog.”¹⁵⁷ Procedendo com a imputação da responsabilidade, concluiu a Relatora, em conformidade com a Súmula nº 221 do STF¹⁵⁸, que caberia ao recorrente “exercer o seu controle editorial, de modo a evitar a inserção no site de matérias ou artigos potencialmente danosos”.

Neste julgado, foi evidenciado que o provedor de conteúdo, que veicula matérias e artigos online, terá sua responsabilização de forma idêntica à verificada nos demais veículos tradicionais de comunicação; ou seja, ele é responsável pelo que divulga, especialmente se causar danos a terceiros. Essa conclusão pode ser aplicada analogicamente ao *blogguer* e/ou *digital influencer* que faz uso de publicidade ilícita. Esses sujeitos são responsáveis pela veiculação das mensagens, tendo o dever de zelar adequadamente pelo teor das suas divulgações. “Em realidade, pretende-se, por primeiro, evitar que pessoas com alto poder de influência sobre os consumidores ajam negligentemente, apresentando ou recomendando serviços que desconhecem [...] há aqui uma função preventiva [...]”.¹⁵⁹ A imputação dessa responsabilidade será analisada, de maneira mais aprofundada, no próximo capítulo.

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1.381.610 RS 2013/0061353-6. 3ª Turma. Responsabilidade de quem mantém e edita o blog. Existência. Enunciado nº 221 da Súmula/STJ. Aplicabilidade. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/09/2013, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 12/09/2013.

¹⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Súmula nº 221: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.”

¹⁵⁹ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Cível das Celebidades que dela Participam*. São Paulo: 2. ed. rev., atual e ampl., 2007, p. 23.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

De início, cumpre peculiarizar os sujeitos responsáveis pela veiculação da publicidade, para posteriormente refletir sobre o papel dos influenciadores digitais. O tema se mostra controverso, especialmente, no que toca à apuração da responsabilidade dos diferentes sujeitos envolvidos, quais sejam o anunciante, o agente publicitário, o veículo de comunicação e a celebridade. Em relação ao fornecedor-anunciante, não há dúvidas, por ser aquele que “paga, dirige e prepara a veiculação do anúncio”¹⁶⁰, constituindo como o maior beneficiado, responderá por eventuais danos causados aos consumidores de maneira objetiva¹⁶¹, bastando a prova do dano e do nexo de causalidade, sem a necessidade de apuração de dolo ou culpa.

Acontece que surgiram novas formas complexas de relações que interferem na cadeia de fornecimento e “que não mais se amoldam à simples extensão de responsabilidade em razão de uma relação jurídica formal pré-constituída”¹⁶², sendo este o caso dos influenciadores digitais. Eles divulgam produtos e serviços em razão das parcerias formadas com as empresas e recebem, para isso, uma quantia considerável. Exercem grande influência sobre o seu público, cabendo a indagação sobre a medida que incidirá a sua responsabilidade em relação aos danos causados pela publicidade ilícita.

A base da responsabilidade consiste no encargo de assumir as consequências de um ato. Juridicamente é a obrigação que acarreta, para o autor do ato ilícito, a reparação do dano, surgindo o dever de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado. Trata-se de obrigação de natureza pessoal, em que o patrimônio do devedor será acionado.¹⁶³ Cumpre ressaltar que “o ilícito comunicativo também é fonte de obrigação, que desencadeará diversas consequências jurídicas.”¹⁶⁴ Neste sentido, cabe analisar a responsabilidade dos influenciadores à luz do Código de Defesa do Consumidor.

A legislação consumerista prevê a solidariedade da cadeia de fornecimento, conforme disposto nos artigos 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, do CDC¹⁶⁵; desse modo, “todos que tenham

¹⁶⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 216.

¹⁶¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 299.

¹⁶² MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 158.

¹⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

¹⁶⁴ FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da Comunicação Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2004, p. 222.

¹⁶⁵ Consultar o art. 7º, parágrafo único do CDC: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.” E o art. 25, § 1º, do CDC: “Havendo

intervindo no ato publicitário serão responsabilizados caso haja enganabilidade e abusividade.” Foi a forma escolhida, para que aqueles que participarem, direta ou indiretamente, da relação de consumo, respondam pelos danos causados ao consumidor.¹⁶⁶

Os influenciadores digitais criam conteúdo para seus canais de comunicação e, normalmente, veiculam o bem ou serviço à sua imagem, seja por meio de indicações, afirmações ou pela simples aparição do produto em seus *ig's*. A repercussão que isso gera sobre o consumidor é alarmante, levando-os, muitas vezes, a adquirir o bem, em razão da sensação de segurança que é transmitida ao público. É indiscutível como diante do consumidor, através de suas redes sociais, o influenciador assume uma posição de “garante”¹⁶⁷.

Conforme menciona Gonçalves, “Aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou desvantagens dela resultantes”¹⁶⁸. Se ele auferir um benefício econômico, e dá causa a danos, tem de assumir as consequências do ato praticado.¹⁶⁹ O mínimo que se espera é cautela e diligência para a prática da atividade publicitária. “Tendo em vista que essas informações são dadas, dentro de uma intenção negocial, deve a pessoa que a fornece, e que tem interesse próprio, agir de forma a não causar danos ao destinatário [...]”. E essa concepção repassa pelos valores de lealdade, confiança e boa-fé, imprescindível para a relação jurídica consumerista.

Ademais, é importante lembrar que os influenciadores possuem liberdade de criação, sendo um dos motivos do sucesso da parceria com os fornecedores. A forma que a mensagem consegue ser transmitida, gerando uma maior aceitação dos seguidores, é ocasionado pela originalidade e pelo conteúdo autêntico produzido.¹⁷⁰ Eles se envolvem diretamente com o produto e serviço, dando forma a publicidade, além disto os *post* são veiculados em seus perfis pessoais, passando por seu crivo. Por consequência, eles devem ser, “[...] ao lado do fornecedor-anunciante, também responsáveis objetiva e solidariamente pelos anúncios ilícitos.”¹⁷¹

mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.”

¹⁶⁶ NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 334.

¹⁶⁷ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que dela Participam*. 2. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 161.

¹⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

¹⁶⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 524.

¹⁷⁰ Disponível em <<http://blog.comunique-se.com.br/marketing-de-influencia-e-publicidade/>> Acesso em 27/08/2017.

¹⁷¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 302.

Como dito, trata-se de uma temática recente, de discussão judicial incipiente e com posições doutrinárias controversas. O propósito de incidência da solidariedade é gerar para todos os participantes da estruturação e divulgação da atividade publicitária, a assunção do ônus decorrente de sua atividade.¹⁷² Isso amplia a possibilidade do consumidor acionar os sujeitos responsáveis e, conseqüentemente, alcançar a reparação do dano, não arcando sozinho com o prejuízo¹⁷³. Havendo divulgações ilícitas, todos serão responsabilizados, restando-lhes a ação regressiva. Neste sentido, aquele que venha a ser condenado poderia exercer o direito de regresso, contra os demais responsáveis pelo dano.¹⁷⁴

O Conar, também, possui regimentos que imputa responsabilidade às pessoas envolvidas no processo publicitário, de tal forma, é disposto no art. 3º que “Todo anúncio deve ter presente a responsabilidade do Anunciante, da Agência de Publicidade e do Veículo de Divulgação junto ao Consumidor” e, no art. 15, dispõe sobre o respeito ao padrão ético de conduta “sejam Anunciantes, Agências de Publicidade, Veículos de Divulgação, sejam Publicitários, Jornalistas e outros Profissionais de Comunicação participantes do processo publicitário”.

Por fim, cabe ressaltar, que os influenciadores, em regra, não são os fornecedores, não podendo, portanto, ficar sujeito ao cumprimento forçado da oferta publicitária.¹⁷⁵ Essa obrigação é exclusiva do fornecedor-anunciante. Mas a reparação do dano pode ocorrer por outras vias, como indenização pecuniária, arbitramento de danos morais, entre outros. O que a lei visa é a proteção do consumidor, através de uma função compensatória e punitiva, de objetivo pedagógico, buscando desestimular futuras condutas ilícitas.¹⁷⁶

Para a insurgência dessa responsabilidade, é necessário verificar se foi concretizada a publicidade antijurídica, devendo-se apurar se houve afronta aos princípios balizadores da atividade publicitária. Dessa forma, no tópico subsequente, proceder-se-á com o estudo específico desses princípios “que auxiliam no controle da legalidade da mensagem publicitária.”¹⁷⁷

¹⁷² SILVA, Joseane. Oferta e Publicidade dos bens de consumo: uma análise crítica da realidade jurídica brasileira. In *Publicidade dos bens de consumo*. Salvador: Paginae, 2015, cap. X, p. 380.

¹⁷³ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 324.

¹⁷⁴ Consultar art. 13, parágrafo único do CDC: “Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.”

¹⁷⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 304.

¹⁷⁶ *Ibidem*, *idem*, p. 290 et seq.

¹⁷⁷ *Ibidem*, *idem*, p. 57.

5.1 PRINCÍPIOS REGENTES DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA

Antes de especificar os princípios, é necessário apresentar uma abordagem de seu conceito e funções, promovendo sua distinção com as regras jurídicas. A determinação da espécie normativa dependerá do processo de interpretação correlato; desse modo, define Marcus Vinicius da Silva que os “princípios gerais do direito possuem uma função de instrumento argumentativo, o qual busca explicar finalidades de determinadas disposições [...] dando azo aos aplicadores no desenvolvimento, complementação e integração do direito.”¹⁷⁸ Já as regras seriam “as normas específicas, as quais descrevem uma imposição/permissão/proibição.”¹⁷⁹

Considera-se, então, que os princípios ampliam o juízo valorativo do interprete, ao passo que a regra limitaria. Humberto Ávila, vai além disso, ao aduzir que os princípios não apenas explicitam valores, mas indiretamente, estabelecem espécies de comportamento, sendo referenciados como pilares do ordenamento jurídico.¹⁸⁰

Quando estabelecido o conflito, a solução aplicada variará a depender do tipo normativo vigente. O princípio é tido como um mandado de otimização, sendo aplicada a ponderação em caso de confluência, ao passo que as regras seriam solucionadas pelos critérios da antinomia.¹⁸¹ “A existência de leis antinômicas é consectário da própria dinamicidade do Direito”, que está em constante transformação para acompanhar as mudanças sociais¹⁸²; desse modo, soluciona-se o conflito pelos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade. Isso é justificado, na obra de Dworkin, por incidir nas regras o sistema *all-or-nothing*, de forma que apenas uma delas será cominada em detrimento das outras (sistema de exclusão).¹⁸³

O Código de Defesa do Consumidor é considerado um microsistema jurídico de natureza principiológica¹⁸⁴ e os vetores lá consagrados possuem uma grande visibilidade, sendo

¹⁷⁸ SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. *O Direito do Consumidor e a Publicidade*. São Paulo: Mp Editora, 2008, p. 143.

¹⁷⁹ Ibidem, idem, p. 143-144.

¹⁸⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 24-25.

¹⁸¹ Ibidem, idem, p. 23.

¹⁸² NETTO, Sérgio de Oliveira. *Crerios Solucionadores do conflito de leis que sucedem no tempo*. Disponível em <file:///C:/Users/Priscila/Downloads/sergionetto_-_criteriossolucionadoresdoconflito.pdf Acesso em 29/08/017> Acesso em 29/08/2017.

¹⁸³ DWORKIN, Ronald. “The model of rules”, University of Chicago Law Review 35/22, apud ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos Princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 36-37.

¹⁸⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 233-234.

importantes instrumentos para a compreensão, interpretação e aplicação de suas normas.¹⁸⁵ A atividade publicitária se insere em sua regulação, possuindo princípios basilares próprios, que serão analisados nos subtópicos abaixo.

5.1.1 Princípio da identificação da mensagem publicitária

Esse princípio decorre, diretamente, da interpretação do artigo 36 do CDC, que determina que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.” O que se pretende com isso é rechaçar a clandestinidade. O consumidor tem o direito de saber “que aquilo que ele está vendo ou ouvindo [...] contém uma enorme parcialidade de opinião, já que feitas pela pessoa que pretende vender o bem ou serviço.”¹⁸⁶ Em consonância, também preceitua o art. 28 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária que “o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for sua forma ou meio de divulgação.”

Ademais, expõem os autores Bruno Miragem¹⁸⁷ e Lucia Dias, que o princípio da identificação também é consequência do dever de lealdade, transparência e boa-fé nas relações de consumo, “já que o ocultamento do caráter publicitário pode induzir o consumidor em erro quanto à natureza da mensagem, na hipótese de fins comerciais, não meramente informativas e desinteressada.”¹⁸⁸ Como já ressaltado, os profissionais do *marketing*, acompanhando o desenvolvimento tecnológico, produzem renovadas técnicas de divulgação, dando ensejo a práticas violadoras do princípio, como é o caso relatado na representação nº 211/15, disposta no capítulo anterior.

O ocultamento do caráter publicitário torna a mensagem mais influente e eficaz sobre o receptor, o que justifica sua popularidade nos nichos mercadológicos. Entre as práticas, que violam esse princípio, encontra-se as espécies de publicidade dissimulada, clandestina e subliminar.¹⁸⁹

¹⁸⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 121.

¹⁸⁶ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que dela Participam*. 2. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 113.

¹⁸⁷ MIRAGEM, op. cit., p. 253.

¹⁸⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

¹⁸⁹ MIRAGEM, op. cit., p. 254.

A clandestina é aquela veiculada de forma indireta, “apresentada em programas de TV ou filmes, nas quais a imagem do produto ou serviço aparece como parte da trama ou enredo”¹⁹⁰, é caracterizada como *merchandising*. Cumpre mencionar que nem todo *merchandising* é ilícito, caso haja a devida identificação, não há de se questionar incompatibilidade com o ordenamento; dessa forma, cita Antônio Herman V. Benjamin como exemplo, a utilização de créditos. Na medida em que eles proporcionam a informação antecipada da ocorrência, não se caracteriza infração ao princípio.¹⁹¹ Da mesma forma, questiona-se a técnica do *teaser*, que é a “mensagem que visa criar expectativa ou curiosidade no público”¹⁹², nela não há exigência da identificação do anunciante e da marca, mas isso não significa que não incide princípio da identificação, por ser uma pequena parte do anúncio, o seu fragmento final, imprescindivelmente deverá conter as informações necessárias sobre o produto ou serviço.

Por sua vez, a publicidade dissimulada é aquela que se apresenta como isenta mas na verdade possui uma finalidade publicitária oculta do público.¹⁹³ É o caso de algumas matérias jornalísticas que inviabilizam a distinção do que seria anúncio publicitário, confundindo o consumidor sobre a natureza da mensagem¹⁹⁴. A subliminar, como já especificada, atua no subconsciente humano, de modo imperceptível aos seus destinatários.

Vale ressaltar que “a identificação há de ser imediata (no momento da exposição) e fácil (sem esforço ou capacitação técnica)”¹⁹⁵, não se exigindo do consumidor um alto conhecimento ou nível intelectual para a constatação da infringência ao princípio.

5.1.2 Princípio da vinculação contratual da publicidade

A oferta e a publicidade tem o poder de vincular o proponente, esse princípio é extraído do artigo 30 do CDC, que estabelece que “ toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação [...] obriga o fornecedor que a

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Júlio Moraes. *Curso Direito do Consumidor Completo*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2014, p. 204.

¹⁹¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 236-237.

¹⁹² Previsto no art. 9º, § 2º do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que dispõe: “O *teaser*, assim entendida a mensagem que visa a criar expectativa ou curiosidade no público, poderá prescindir da identificação do anunciante, do produto ou do serviço.”

¹⁹³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 254.

¹⁹⁴ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 212.

¹⁹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 235.

fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”¹⁹⁶ Nesse sentido pode-se observar que mesmo a fase pré-contratual é capaz de gerar obrigações.

Os deveres anexos de lealdade e confiança são exigidos dos anunciantes. Na medida em que a publicidade desperta as expectativas do consumidor, sendo um fator decisivo na sua escolha, não seria justo que, no momento pós contratação, a realidade não correspondesse com as promessas anunciadas. De tal forma, é necessário que as legítimas expectativas do consumidor sejam atendidas, vinculando os termos da oferta a um futuro contrato.

Destarte, “o reconhecimento, pelo CDC, de um direito formativo à celebração do contrato, estabelece ao fornecedor um dever de sujeição [...]”¹⁹⁷ e caso haja a recusa em cumprir a oferta, disponibiliza o art. 35 da Lei 8. 078/90, três alternativas à escolha do consumidor, são elas: I. exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II. aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III. rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.¹⁹⁸ Cumpre notar que a impossibilidade de cumprimento deve ser superveniente à oferta, caso contrário, resta caracterizada a publicidade enganosa, já que o fornecedor estaria anunciando algo que não existe.¹⁹⁹

5.1.3 Princípio da veracidade e transparência

O princípio da veracidade decorre do dever de informar e é extremamente relevante para as relações de consumo, afinal, atua diretamente na repressão da publicidade enganosa. Neste sentido, preceitua o art. 36, parágrafo único, do CDC, que “o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem. ”

¹⁹⁶ Consultar art. 30 do CDC: “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”

¹⁹⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 258.

¹⁹⁸ Consultar art. 35 do CDC: “Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.”

¹⁹⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 82.

Esse princípio sintetiza a harmonização dos interesses, de forma a compatibilizar a liberdade de criação publicitária, posto que não exige neutralidade ou isenção da mensagem, mas o respeito ao direito básico de informação do consumidor. Devido a sua importância, é um dos princípios de maior expressão, sendo recepcionado pelas mais diversas legislações de defesa do consumidor do mundo.²⁰⁰

A informação veiculada deve ser correta e verdadeira, de maneira a possibilitar ao consumidor as condições necessárias para uma escolha livre e consciente. “Correta, neste sentido, será a informação que guardar relação de conformidade com os fatos da natureza técnica ou científica relativos ao produto ou serviço anunciado.”²⁰¹

Desse modo, garante o CDC o direito básico à informação adequada e clara sobre os produtos e serviços, bem como sobre os riscos que eles apresentem²⁰², devendo haver a devida correspondência entre as características anunciadas com o produto em si. Cabe lembrar que, via de regra, o *puffing* (exagero publicitário) não configura violação ao princípio da veracidade, conforme mencionado no tópico 3.3.1.

Já a transparência aplica-se, em conexão, com o princípio da inversão do ônus da prova²⁰³. Cabe a quem patrocina a comunicação publicitária, a prova da veracidade das informações e sua correção²⁰⁴, de forma que quando solicitado, tenha o fornecedor os dados que dão sustentação a sua mensagem. Ademais, “o conteúdo da mensagem deve ser claro, translucido, não deve conter ambiguidades ou omissões sobre dados essenciais”²⁰⁵, sendo também corolário da boa-fé e lealdade nas relações de consumo.

5.2 NORMAS CÍVEIS E CONSUMERISTAS APLICÁVEIS AO TEMA

²⁰⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 70. Nesta citação, ela usa como exemplo a Itália, Portugal e a França.

²⁰¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 257.

²⁰² Consultar art. 6º, III, do CDC: “São direitos básicos do consumidor: a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.”

²⁰³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 235.

²⁰⁴ Consultar art. 38 do CDC: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

²⁰⁵ FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da Comunicação Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2004, p. 89.

O Código Civil sistematizou a matéria, dedicando um título especial à responsabilidade, que vai do art. 927 ao 943²⁰⁶, sendo ainda possível encontrar mais dispositivos sobre o tema de forma dispersa na legislação. Nessa senda, restou consignada a regra da responsabilidade aquiliana na parte geral, nos artigos 186, 187 e 188 e, na parte específica, a responsabilidade contratual²⁰⁷.

Dentre esses, merece atenção singular os dispositivos 186, 187 e 927 do CC. O primeiro tem a seguinte redação: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Dele, é possível inferir, “que a obrigação de indenizar (reparar dano) é a consequência juridicamente lógica do ato ilícito”²⁰⁸. É possível também notar, a adoção da teoria subjetiva pelo Código Civil, em que cada um responde pela própria culpa.²⁰⁹ . Ressalta-se que possuem exceções a essa regra, casos em que se incidirá a responsabilidade objetiva.

Por sua vez, o art. 187, dispõe “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” Esse dispositivo retrata o abuso de direito, isto é, quando se extrapola os limites dos bons costumes e da boa-fé ou as próprias finalidades socioeconômicas do direito a ser exercido.²¹⁰ O abuso pode ser concretizado em diversas situações cotidianas, especialmente na relação de consumo, como é o caso da cobrança indevida de débitos e na prática da publicidade ilícita.

O artigo 927 preceitua: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Os outros dois dispositivos, citados acima, servem de base para esse, que irá estabelecer o direito de reparação pelos danos causados. Nem sempre a necessidade de comprovação da culpa se revela como melhor opção; por tais motivos estipulou o legislador que haverá a obrigação de reparar o dano, independente da culpa, quando a atividade, normalmente desenvolvida pelo autor, implicar em risco para direitos de outrem, ou ainda em situações específicas, estipuladas na lei, conforme pode ser depreendido do parágrafo único do

²⁰⁶ BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 22/08/2017.

²⁰⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

²⁰⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil, volume 3: Responsabilidade Civil*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39.

²⁰⁹ *Ibidem*, idem, p. 39.

²¹⁰ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado: Parte Geral*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 471.

artigo 927 do CC²¹¹. Dessa forma, coexistem, na legislação civil, os dois sistemas (responsabilidade civil subjetiva e objetiva), como meio de minimizar a possibilidade de prejuízos irreparáveis, o que reflete no avanço do instituto ao longo do tempo.

Já o Código de Defesa do Consumidor inaugurou uma nova sistemática em relação à responsabilidade civil, principalmente, em decorrência da noção de vulnerabilidade do destinatário final dos produtos e serviços.²¹² Desse modo, depreende-se do art. 14 do CDC²¹³, que na vinculação da oferta e da publicidade, o fornecedor responderá objetivamente. Ademais, a Lei 8.078/90, estabelece, como regra, a solidariedade da cadeia de fornecimento, preconizando, em seu art. 34, que “O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.” Surge, contudo, uma questão controversa, no que tange à apuração da responsabilidade das agências e dos veículos de comunicação. Majoritariamente, os Tribunais têm se posicionado no sentido de limitar a responsabilidade ao anunciante-fornecedor, impedindo o consumidor de demandar contra os outros sujeitos envolvidos com a atividade publicitária. Esse foi inclusive o posicionamento do STJ, no REsp 1157228/RS.²¹⁴

Sobre o assunto, cumpre parafrasear a colocação de Flávio Tartuce e Daniel Assumpção, “com o devido respeito [...] essa não parece ser a melhor conclusão, por contrariar todo o sistema de proteção e responsabilização objetiva do CDC”²¹⁵. É um retrocesso limitar a responsabilidade a apenas um dos sujeitos da cadeia publicitária, isso acaba por obstar a efetiva reparação do dano, prejudicando o consumidor. Por essa razão, deveriam responder solidariamente e sem qualquer distinção todos os demais responsáveis pelo conteúdo e

²¹¹ Consultar art. 927, parágrafo único do CC: “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.”

²¹² TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 28 et seq.

²¹³ Consultar art. 14 do CDC: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

²¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1157228 RS 2009/0188460-8. 4ª Turma. Ação de cobrança, cumulada com indenização por danos morais. Contratação de empréstimo junto a instituição financeira. Depósito de importância a título de primeira prestação. crédito mutuado não concedido. Atribuição de responsabilidade civil ao prestador do serviço e à rede de televisão que, em programa seu, apresentara propaganda do produto e serviço. “publicidade de palco”. Características. Finalidade. Ausência de garantia, pela emissora, da qualidade do bem ou serviço anunciado. Mera veiculação publicitária. Exclusão da lide. Multa procrastinatória aplicada pela instância ordinária. Propósito de prequestionamento. Exclusão. Súmula n.98-stj. Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 03/02/2011, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 27/04/2011.

²¹⁵ TARTUCE; NEVES, op. cit., p. 325-326.

divulgação da mensagem. Esse parece ser o posicionamento mais acertado em consonância com os valores defendidos pela legislação consumerista.

5.2.1 A incidência do Código Civil de 2002

A responsabilidade civil foi se aperfeiçoando ao passar dos tempos. Nos primórdios, imperava a ideia de vingança privada, através da reação instintiva ao mal causado. “Não havia regras, nem limitações.”²¹⁶ Posteriormente, foi vedada a conduta, atribuindo-se ao Estado a responsabilidade pela punição. O marco do instituto se deu com a edição *Lex Aquiliana*, cuja contribuição foi abordar a substituição da multa fixa, pela pena proporcional ao dano causado, dando esteio a uma doutrina romana de responsabilidade extracontratual.²¹⁷

A responsabilidade consiste na obrigação de reparar um dano, “em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar”²¹⁸. Objetiva-se, com isso, restaurar o equilíbrio violado pela prática do ilícito. Segunda a teoria clássica, a responsabilidade se assenta em três pressupostos: um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre ambos.²¹⁹

O Código Civil adota como regra a responsabilidade subjetiva, “além da ação ou omissão, deve restar comprovada a culpa em sentido lato [...], a fim de alcançar o resultado danoso.”²²⁰, entretanto, conforme mencionado anteriormente, admite-se também a teoria objetiva. A indenização será valorada pelo magistrado, tendo em vista a extensão do dano.²²¹ Essa legislação, de natureza privada, é regida por uma ideia de igualdade formal entre as partes, que não se coaduna, com a premissa básica de uma relação de consumo, onde a vulnerabilidade do consumidor impera.²²²

5.2.2 O Código de Proteção e Defesa do Consumidor

²¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52.

²¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, volume 3: *Responsabilidade Civil*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 37.

²¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.1.

²¹⁹ GONÇALVES, op cit., p. 52.

²²⁰ FERNANDES, Daniela Bacellar. *Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor em face das mensagens subliminares*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 109.

²²¹ Consultar art. 944 do CC: “A indenização mede-se pela extensão do dano.”

²²² GONÇALVES, op cit., p.70.

Os postulados do direito do consumidor afastam-se do direito privado clássico, uma vez que se aplicam às relações desiguais, formadas pela sociedade de consumo de massas. Nesta senda, é possível observar duas figuras bem definidas, “de um lado, um sujeito cuja função econômica é a de consumir [...] De outro, uma ampla e cada vez mais complexa cadeia de agentes econômicos [...], que por sua força econômica, assumem posição de poder.”²²³ . Esse vínculo estabelecido, caracterizado por uma latente desigualdade, tornou insuficiente a regularização por meio da legislação privada, surgindo, neste contexto, o Código de Defesa do Consumidor.²²⁴

Diversas alterações foram introduzidas pelo Código, mas especialmente, no que se refere à responsabilidade civil, é que essas mudanças aparecem substancialmente. Objetiva-se restabelecer o equilíbrio entre os sujeitos, com a proteção do consumidor, parte vulnerável na relação de consumo.²²⁵ De toda forma, os pressupostos permanecem inalterados, sendo necessário proceder com a averiguação da conduta, do dano e do nexo de causalidade entre ambos; mas, agora, a regra adotada na legislação consumerista é a da “responsabilidade objetiva, dispensando, assim, a comprovação da culpa, para atribuir ao fornecedor a reponsabilidade pelo ilícito.”²²⁶ Busca-se a garantia de efetiva proteção à vítima, pois, conforme menciona Bruno Miragem, determinadas situações que exigem demonstração cabal da culpa, poderiam ocasionar a ausência de reponsabilidade do autor.²²⁷

As faces do progresso impõem novas formas de fundamentar a responsabilidade, sem que haja a necessidade de comprovação da culpa²²⁸, além deste meio de proteção ao consumidor, é também prevista no artigo 7º, parágrafo único, do CDC, a solidariedade da cadeia de fornecimento, neste sentido, é disposto que “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. ” A incidência da solidariedade advém do princípio da confiança, com “todos coobrigados pelo dever de reparação dos danos aos consumidores [...]”²²⁹

²²³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 42.

²²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70.

²²⁵ *Ibidem*, *idem*, p. 70.

²²⁶ FERNANDES, Daniela Bacellar. *Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor em face das mensagens subliminares*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 115.

²²⁷ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 523.

²²⁸ ZULIANI et al. *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26 et. seq.

²²⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 571.

Da mesma forma, reconheceu o legislador que as relações de consumo não são apenas contratuais, estendendo a proteção ao momento anterior da celebração do contrato.²³⁰ Nesta perspectiva, encontra-se o regramento da publicidade, enquanto técnica de persuasão elementar ao mercado de consumo, sendo estipulados deveres, restrições e sanções ao descumprimento dos ditames legais, com o objetivo de coibir a abusividade das práticas comerciais.

5.3 O CONTROLE DA PUBLICIDADE ILÍCITA EM FACE DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

A publicidade, por ser um instrumento apto a explorar a vulnerabilidade do consumidor, indo em oposição aos valores protegidos pelo ordenamento, como a confiança, transparência e boa-fé, exige controle²³¹. A tendência à abusividade é alta, o que impõe a necessidade de se criar mecanismos de defesa para combater esses comportamentos lesivos. No Brasil, o método adotado foi o misto, desse modo, tanto o Estado, quanto os agentes privados, controlam a prática publicitária.²³²

O controle privado é realizado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, que investiga denúncias de supostas irregularidades, atuando como órgão julgante nos litígios éticos²³³. O Conar foi originado a partir de uma ameaça ao setor nos anos 70, quando o Governo Federal pretendia sancionar uma lei de censura.²³⁴ Como incumbência, cabe a ele “zelar pela liberdade de expressão comercial e pela ética na publicidade, defendendo ao mesmo tempo, os interesses dos profissionais e dos consumidores.”²³⁵ Apesar da sua importância no cenário nacional, da eficiência e agilidade das suas decisões, o Conselho não detém o poder coativo; dessa forma, o cumprimento da obrigação fica prejudicado, revelando-se muitas vezes, insuficiente para a efetiva defesa dos consumidores.

O Conar já atuou em casos que envolviam os influenciadores digitais e a divulgação da publicidade ilícita, conforme assinalado no capítulo 4. Seus posicionamentos foram muito

²³⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 233.

²³¹ MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do Consumidor e Publicidade: Análise Jurídica e Extrajurídica da Publicidade Subliminar*. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 236.

²³² DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 41.

²³³ MALTEZ, op. cit., p. 261.

²³⁴ Disponível em <<http://www.conar.org.br/>> Acesso em 30/08/2017.

²³⁵ DIAS, op. cit., p. 41.

pertinentes, trazendo à tona a questão da responsabilidade desses sujeitos. Contudo, é imprescindível que também haja o efetivo controle estatal dos *posts online*. Somente o Estado detém esta força imperativa, capaz de compelir ao cumprimento de seus comandos. Desse modo, torna-se vital a atuação em conjunto, para evitar violações as normas consumeristas e aos preceitos éticos.

6 CONCLUSÃO

1. Os influenciadores digitais constituem-se como formadores de opinião da *web*, mobilizando um grande número de usuários em suas redes sociais. Através das parcerias com os fornecedores, eles divulgam produtos e serviços, recebendo como contrapartida uma remuneração. Sucede que, por se tratar de um mecanismo comunicacional recente, o controle das publicações ainda não é feito a contento, oportunizando a impunidade.

1.1. A utilização dessa modalidade publicitária se torna cada vez mais comum, contudo, pouca atenção ainda é dada ao tema. O que se pretende com o presente trabalho monográfico, é debater sobre o assunto, buscando medidas preventivas, para evitar que esses sujeitos ajam negligentemente, fazendo falsas afirmações, capazes de levar o consumidor a erro ou até mesmo, indicando produtos que desconhecem, visando apenas o lucro. É preciso reconhecer que eles possuem uma função perante o público, atuando diretamente na cadeia de consumo, e que seus atos geram repercussões nas mais diversas esferas, inclusive as jurídicas.

1.2. A atividade publicitária deve ser realizada de forma ética, obedecendo aos preceitos do Conar e aos dispositivos legais, não é porque ela é realizada em ambiente virtual, que está isenta da atuação dos preceitos normativos. Ao contrário, já é possível vislumbrar, em alguns julgados, a incidência da responsabilidade do provedor de informação em caso de danos perpetrados em seus sítios eletrônicos. Posição acertada, que reflete os anseios advindos do progresso tecnológico.

2. A internet é uma importante ferramenta social; democratizou o acesso a informação, eliminou fronteiras, facilitou a produção de conteúdos e a comunicação entre os sujeitos, mas é indubitável que a sociedade vive o problema de conciliar o avanço tecnológico com os direitos assegurados ao consumidor.

2.1. É certo que as soluções jurídicas reguladoras ainda são obsoletas e não condizem com as reais necessidades; afinal as peculiares desses ciberespaços, muitas vezes, não favorecem a aplicação de analogias, já que as normas gerais, costumam não atender bem ao caso concreto. Desse modo, torna-se necessário propor uma atualização legislativa, objetivando a criação de diretrizes específicas que versem sobre a utilização e a responsabilidade dos produtores de conteúdo nas mídias sociais.

2.2. Os abusos perpetrados trazem um elevado grau de nocividade aos usuários; logo, a criação dessas normas além de favorecer a sociedade como um todo, traria segurança

jurídica, evitando decisões contraditórias sobre o mesmo assunto, de modo a resguardar os valores consagrados pelo ordenamento jurídico.

3. A publicidade, na sociedade de consumo, possui uma grande relevância, atua diretamente sobre o mercado econômico, permitindo que os produtos e serviços cheguem ao conhecimento da população e interferindo no processo decisório do consumidor, devendo, portanto, ser concretizada de maneira responsável. Divulgar produtos e serviços requer cautela, em atenção aos preceitos normativos que regem a disciplina.

3.1. Os influenciadores digitais criam conteúdo para seus canais de comunicação e normalmente veiculam o bem ou serviço à sua imagem, seja por meio de indicações, afirmações ou pela simples aparição do produto em seus *ig's*, dando forma a publicidade. Devem, por conseguinte, serem vistos como mais um integrante da cadeia de consumo, sujeitos as diretrizes do Código de Defesa do Consumidor, especialmente no que concerne à apuração de sua responsabilidade. Propõe-se que seja aplicada a esses sujeitos, a responsabilidade objetiva solidária, disposta no art. 7º, parágrafo único do CDC.

4. É importante que o Conar realize o controle dessas publicações virtuais, sua atuação e fiscalização são essenciais na busca da efetividade da ética publicitária, contudo, contar apenas com sua atuação revela-se insuficiente. Cabe ressaltar que suas decisões não têm poder coativo, elas não podem exercer o poder de polícia, o que implica em deliberações brandas, que podem não servir de desestímulo a futuras condutas. Ademais, suas decisões obrigam apenas os signatários do próprio sistema de controle, não possuindo a abrangência que se espera. Não se pretende, com isso, desmerecer a atuação do órgão, suas recomendações são de extrema valia, mas é necessário também que incida o controle estatal, na busca da efetiva defesa dos consumidores.

5. Por fim, é imperioso que haja atuação dos entes que integram a Política Nacional das Relações de Consumo para evitar e combater a publicidade ilícita. Cabe à Defensoria Pública, às Delegacias especializadas, ao Ministério Público, aos Juizados Especiais, às fundações e associações civis, atuar de forma incisiva, coordenada e congruente na tutela dos direitos consumeristas. Através deles é possível instaurar inquéritos, apurar os crimes de consumo, ajuizar ações civis públicas resguardando os interesses individuais e coletivos, firmar termos de ajustamento de conduta, promover mecanismos de prevenção, como por exemplo, palestras e projetos ou outros instrumentos que propalam a educação da sociedade civil. Cada um com suas funções, proporcionam uma força de combate em prol da proteção do consumidor.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. *Indústria Cultural e Sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

ALMEIDA, Claudia Pontes. *Youtubers mirins, novos influenciadores e protagonistas da publicidade dirigida ao público infantil: uma afronta ao Código de Defesa do Consumidor e às leis protetivas da infância*. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/108896/youtubers_mirins_novos_almeida.pdf> Acesso em 24/07/2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARBOSA, Livia. *Sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Portugal: Edições 70, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: A transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado*. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BEZERRA, Thaisa Brito Portal de Almeida. *A publicidade abusiva veiculada por meio dos blogs e das mídias sociais*. Trabalho de Conclusão de Curso. Brasília: 2016. Disponível em <<http://www.repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/10617/1/21236281.pdf>> Acesso em 10/08/2017.

Blogueira que fingiu ter câncer é processada por enganar consumidores. *GI*. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/blogueira-que-fingiu-ter-cancer-processada-por-enganar-consumidores-19244628>> Acesso em 14/08/2017.

Blogueira que mentiu ter câncer terminal para vender aplicativo é processada na Austrália. *UOL*. Disponível em <<http://adrenaline.uol.com.br/2016/05/06/42882/blogueira-que-mentiu-ter-cancer-terminal-para-vender-aplicativo-e-processada-na-australia/>> Acesso em 14/08/2017.

Brasil é o maior usuário de redes sociais da América Latina. *Forbes Brasil*. Disponível em <<http://www.forbes.com.br/fotos/2016/06/brasil-e-o-maior-usuario-de-redes-sociais-da-america-latina/#foto7>> Acesso em: 05/06/2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>

_____. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1.381.610 RS 2013/0061353-6. 3ª Turma. Responsabilidade de quem mantém e edita o blog. Existência. Enunciado nº 221 da Súmula/STJ. Aplicabilidade. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/09/2013, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 12/09/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1157228 RS 2009/0188460-8. 4ª Turma. Ação de cobrança, cumulada com indenização por danos morais. Contratação de empréstimo junto a instituição financeira. Depósito de importância a título de primeira prestação. Crédito mutuado não concedido. Atribuição de responsabilidade civil ao prestador do serviço e à rede de televisão que, em programa seu, apresentara propaganda do produto e serviço. "publicidade de palco". Características. Finalidade. Ausência de garantia, pela emissora, da qualidade do bem ou serviço anunciado. Mera veiculação publicitária. Exclusão da lide. Multa procrastinatória aplicada pela instância ordinária. Propósito de prequestionamento. Exclusão. Súmula n.98-stj. Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 03/02/2011, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 27/04/2011.

_____. Superior Tribunal Federal. Súmula nº 221: "São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação."

CALAZANS, Flavio. *Propaganda Subliminar Multimídia*. São Paulo: Summus Editorial, 2006.

CARDOSO, Jéssica Viana; LAZZARINI, Sônia A. Martins. *Os blogs como fermenta de construção da imagem de uma marca de moda*. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2013/resumos/R8-0218-1.pdf>> Acesso em 09/08/2017.

Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária Código e Anexos – CONAR. Disponível em <<http://www.conar.org.br/>> Acesso em 10/07/2017.

Código de Ética dos Profissionais da Propaganda. Outubro de 1957. Define os princípios éticos que devem nortear a publicidade. Disponível em <http://www.cenp.com.br/PDF/Legislacao/Codigo_de_etica_dos_proffissionais_da_propaganda.pdf> Acesso em 10/07/2017.

COELHO, Claudio Novaes Pinto. *Publicidade: É possível escapar?* São Paulo: Paulus, 2003.

Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Representação nº 211/15. Disponível em <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=4259>> Acesso em 04/08/2017.

_____. Representações nº 221/12, 222/12 e 223/12. Disponível em <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=3240>> Acesso em 05/08/2017.

DEBORD, Guy. *A sociedade do Espetáculo*. Tradução por Railton Sousa Guedes. Disponível em <<https://www.marxists.org/portugues/debord/1967/11/sociedade.pdf>> Acesso em 01/06/2017.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Digital influencers, publicidade e consumo. *Propmark*. Disponível em: <<http://propmark.com.br/mercado/digital-influencers-publicidade-e-consumo>> Acesso em 07/08/2017.

Facebook chega a 1,94 bilhão de usuários em todo o mundo no 1º trimestre de 2017. *GI*. Disponível em <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/facebook-chega-a-194-bilhao-de-usuarios-em-todo-o-mundo-no-1-trimestre-de-2017.ghtml>> Acesso em: 05/06/2017.

Fake wellness blogger Belle Gibson fails to show up to court. *Abc.net*. Disponível em <<http://www.abc.net.au/triplej/programs/hack/fake-wellness-blogger-belle-gibson-fails-to-show-up-to-court/8618620>> Acesso em 14/08/2017.

Felipe Neto e irmão batem recorde mundial em live no YouTube. *Exame*. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/felipe-neto-e-irmao-batem-recorde-mundial-em-live-no-youtube/>> Acesso em 09/08/2017.

Felipe Neto: 'Falta ética à publicidade digital no Brasil'. *Veja*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/entretenimento/felipe-neto-falta-etica-a-publicidade-digital-no-brasil/>> Acesso em 10/08/017.

FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da Comunicação Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2004.

FERNANDES, Daniela Bacellar. *Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor em face das mensagens subliminares*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIACOMINI FILHO, Gino. *Consumidor versus propaganda*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Summus, 2008.

GIGLIO, Ernesto Michelangelo. *O comportamento do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Thomson Learning, 2005.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

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

Influenciadores Digitais e o novo formato de publicidade. *Agenciaprefixo*. Disponível em: <<https://agenciaprefixo.com/2017/04/03/influenciadores-digitais-e-o-novo-formato-de-publicidade/>> Acesso em 14/05/2017.

Influenciadores digitais: por que contratá-los e quais as referências do mercado. *Empreendedorx*. Disponível em <<http://empreendedorx.com.br/midias-sociais-2/influenciadores-digitais-por-que-contrata-los-e-quais-referencias-mercado>> Acesso em: 13/06/2017.

Instagram chega a 700 milhões de usuários e tem crescimento histórico. *Canaltech*. Disponível em <<https://canaltech.com.br/noticia/instagram/instagram-chega-a-700-milhoes-de-usuarios-e-tem-crescimento-historico-92798/>> Acesso em: 05/06/2017.

KOTLER, Philip; LANE, Kevin. *Administração de Marketing*. 12. ed., São Paulo: Editora Afiliada, 2006.

LÉVY, Pierré. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34 Ltda, 1999.

LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: Verdades e mentiras sobre por que compramos*. Harpen Collins, tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado: Parte Geral*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

MALATEAUX, Lilian Rosa Benedetti. *A publicidade enganosa por omissão frente ao Direito do Consumidor*. Ribeirão Preto, 2014. Disponível em: <[file:///C:/Users/Priscila/Downloads/LilianMalateaux%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Priscila/Downloads/LilianMalateaux%20(2).pdf)> Acesso em: 16/06/2017.

MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do Consumidor e Publicidade: Análise Jurídica e Extrajurídica da Publicidade Subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011.

Marketing Cultural. Site Administradores. Disponível em <<http://www.administradores.com.br/artigos/negocios/marketing-cultural/44237/>> Acesso em 28/07/2017.

Marketing de influência e publicidade. Disponível em <<http://blog.comunique-se.com.br/marketing-de-influencia-e-publicidade/>> Acesso em 27/08/2017.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NETTO, Sérgio de Oliveira. *Critérios Solucionadores do conflito de leis que sucedem no tempo*. Disponível em <file:///C:/Users/Priscila/Downloads/sergionetto_-_criteriossolucionadoresdoconflito.pdf> Acesso em 29/08/2017.

NOVAES, Sérgio F.; GREGPRES, Eduardo de M. *Da internet ao Grid: a globalização do processamento*. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. *Curso Direito do Consumidor Completo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade: no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PASSOS, Michele Barreto. *O Controle Jurídico da Publicidade Ilícita*. Goiânia: Edição do Autor, 2013.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio. *Relações de consumo: Globalização*. Rio Grande do Sul: Educs, 2010.

PIMENTA, Solange Maria; CORREA, Maria Laetitia; DADALTO, Maria Cristina; VELOSO, Henrique Maia (Coords). *Sociedade e consumo: Múltiplas dimensões na contemporaneidade*. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

RECUERO, Raquel. *Redes sociais na internet*. Porto Alegre: Sulina, 2009.

ROCHA, Eudson; ALVES, Lara Moreira. *Publicidade online: O poder das mídias e redes sociais*. Goiânia: Fragmentos de Cultura, 2010, v. 20, n. 3/4, mar./abr.

SAMMIS, Kristy; LINCOLN, Cat; POMPONI, Stefania. *Influencer Marketing for dummies*. EUA: John Wiley & Sons Inc, 2006, tradução por Cássio Politi. Disponível em: <<https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/23/1489497113Influencer+Marketing+for+Dummies.pdf>> Acesso em 14/06/2017.

SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing: Uma abordagem jurídica do marketing empresarial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 14, 2000.

SANTOS, Rafael. *Marketing de conteúdo na internet: Introdução, Conceitos e Exemplos Práticos*. 2. ed.. Versão Kindle, e-book.

SILVA, Cristiane Rubim Manzina da; TESSAROLO, Felipe Maciel. *Influenciadores Digitais e as Redes Sociais enquanto Plataforma de Mídia*. Net, Espírito Santos, set. 2016, p. 5. Disponível em <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2016/resumos/R11-2104-1.pdf>> Acesso em 13/05/2017.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da; MELO, Ravena Seida Tavares de (Org). *Publicidade dos bens de consumo*. Salvador: Paginae, 2015.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. *O Direito do Consumidor e a Publicidade*. São Paulo: Mp Editora, 2008.

SILVA, Taís Carvalho. *O espetaculoso mundo do eu. Uma análise do sentido do paradoxo da privacidade*. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3150, 15 fev. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21092>> Acesso em: 06/06/2017.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Método, 2012.

TELLES, Andre. *A revolução das mídias sociais*. São Paulo: M. Books, 2010.

terminal-para-vender-aplicativo-e-processada-na-australia/> Acesso em 14/08/2017.

TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. *Delitos Publicitários no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.137/90*. Curitiba: Juruá, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ZULIANI et al. *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.