



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

JADE BARROS BEZERRA ARAUJO

**PUBLICIDADE NA ERA DIGITAL: A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS
INFLUENCIADORES DIGITAIS NAS PUBLICIDADES CLANDESTINAS FEITAS
NO INSTAGRAM**

BRASÍLIA
2019

JADE BARROS BEZERRA ARAUJO

**PUBLICIDADE NA ERA DIGITAL: A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS
INFLUENCIADORES DIGITAIS NAS PUBLICIDADES CLANDESTINAS FEITAS
NO INSTAGRAM**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel no Programa
de Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Me João Pedro Leite Barros

BRASÍLIA
2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

JADE BARROS BEZERRA ARAUJO

**PUBLICIDADE NA ERA DIGITAL: A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS
INFLUENCIADORES DIGITAIS NAS PUBLICIDADES CLANDESTINAS FEITAS
NO INSTAGRAM**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel no Programa
de Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Me João Pedro Leite Barros

Aprovada em: ____ de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Me. João Pedro Leite Barros (Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Alexandre Kehrig Veronese Aguiar (Membro)

Prof. Dr. Fabiano Hartmann Peixoto (Membro)

Prof. Dr. Vallisney de Souza Oliveira (Suplente)

AGRADECIMENTOS

É com imensa felicidade e sentimento de dever cumprido que concluo a minha graduação em direito na Universidade de Brasília. Estudar na Universidade de Brasília sempre foi um grande sonho, que tenho orgulho de ter realizado. Foram dez semestres de muito esforço e aprendizado que guardarei para sempre em minha memória. Entretanto, jamais teria chegado aqui sem o suporte de diversas pessoas que sempre acompanharam e vibraram com cada etapa vencida. Nem mesmo cem páginas seriam suficientes para expor em palavras todo o sentimento de gratidão que tenho por cada uma dessas pessoas, contudo, tentarei expressar em poucas sentenças, todo o meu amor, carinho e agradecimento a cada uma delas.

À minha mãe Ana Teresa, por ser minha inspiração diária de mulher e de profissional, obrigada por toda torcida e vibração a cada conquista minha, como se fosse uma conquista sua, por todo o colo e carinho nos dias difíceis, por ter feito o possível e impossível para que eu sempre tivesse tudo, por as vezes abrir mão de seus sonhos para satisfazer os meus, nem um milhão de palavras e tatuagens seriam suficientes para ter homenagear e dizer o quanto eu te amo.

Ao meu pai José da Luz, por todo carinho e preocupação que sempre teve comigo, pelos incontáveis dias que cuidou de mim na infância e na adolescência. Você é o meu maior exemplo e inspiração profissional, você é foi o profissional mais dedicado que já vi, se doava por completo aos seus projetos e fazia tudo com extrema maestria, espero um dia ser respeitada na minha carreira como você. Além de tudo, você é o cara mais íntegro que eu conheço. Tenho orgulho de ser sua filha.

À minha vó Onecy e aos meus tios Fernando e Cristina, que mesmo morando em outros estados, nutrem imenso carinho e amor por mim, muito obrigada por toda força, orações, por se importarem comigo e torcerem por cada etapa nova em minha vida.

Ao meu tio Chico, por todo carinho, amor e proteção que tem por mim, um cara com enorme coração que está sempre me espelho muito.

Aos meus amigos, por todos os momentos incríveis que passei ao lado de vocês, por toda força, carinho, palavras de conforto nas horas necessárias, bem como por todos os momentos de diversão que estarão para sempre em minha memória, são pessoas que me acompanham desde a educação infantil, ensino fundamental e médio. Obrigada por serem um conforto quando precisava distrair e não pensar na faculdade. Gostaria de deixar um

agradecimento especial ao meu amigo Felipe Guedes por ter estado ao meu lado e torcendo por mim a cada chamada da UnB até o meu nome sair na lista de aprovados, seu apoio foi fundamental a cada chamada frustrada, jamais vou conseguir te agradecer pelo suporte que me deu na época.

Aos meus amigos da universidade, por terem sido meu porto seguro nessa faculdade, o ambiente do direito é extremamente competitivo e hostil, sem a amizade e companhia de vocês jamais conseguiria enfrentar as aulas diárias, pegar uma matéria e saber que encontraria com um de vocês na sala já me dava uma sensação de alívio. Gostaria de agradecer, especialmente, ao meu amigo Carlucio, eu não sei o que seria de mim se jamais tivesse te conhecido na universidade, ter alguém que também tinha os mesmo objetivos e medos em relação ao curso foi essencial, mas muito além da faculdade, obrigada por todo carinho que tem comigo no dia a dia, pela sua amizade, ela é muito importante para mim.

Ao meu orientador João Pedro Leite Barros, por, além de toda a paciência, dedicação e orientações que me deu ao longo do processo de escrita da monografia, por ter sido um professor incrível na matéria de direito do consumidor, foi por causa de suas excelentes exposições em sala de aula que não achei somente o tema da minha monografia, mas encontrei a área que verdadeiramente gosto no direito.

Aos meus colegas do estágio, por todo o aprendizado que adquiri nos lugares que passei, ter o contato com pessoas tão diferentes, mas sempre tão dedicadas, me faz querer ser uma profissional incrível. Gostaria de agradecer, especialmente, aos meus colegas da DPU, apesar do pouco tempo, já adquiri profundo carinho por cada um, obrigada não só pelos ensinamentos diários, mas todo apoio emocional que eu tenho recebido nos últimos meses por conta da monografia e da OAB, obrigada por sempre torcerem pelo meu sucesso.

Obrigada!

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A PUBLICIDADE	14
1.1 DIFERENÇAS ENTRE A PUBLICIDADE E A PROPAGANDA	14
1.2 MARKETING	18
1.3 PUBLICIDADE CLANDESTINA.....	19
1.4 MERCHANDISING	21
1.5 <i>PUBLIPOSTS</i> : UMA NOVA FORMA DE PUBLICIDADE	22
1.6 INSTAGRAM: UMA NOVA FORMA DE VEICULAÇÃO PUBLICITÁRIA	26
1.7 INFLUENCIADORES DIGITAIS	29
2. A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE.....	32
2.1 O SISTEMA MISTO DE REGULAÇÃO	32
2.2 CÓDIGO BRASILEIRO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA.....	33
2.3 CONAR.....	35
2.4 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	37
2.5 PROJETO DE LEI 10919/2018.....	48
2.6 DIREITO COMPARADO	49
3. RESPONSABILIDADE CIVIL SOBRE A PUBLICIDADE CLANDESTINA.....	51
3.1 A PUBLICIDADE CLANDESTINA COMO PUBLICIDADE ENGANOSA	52
3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL.....	57
CONCLUSÃO.....	73

RESUMO

O presente trabalho analisa a responsabilidade dos influenciadores digitais perante as publicidades clandestinas feitas através do aplicativo Instagram. São traçadas considerações a respeito da publicidade e sua forma clandestina; tal qual a conceituação de *publipost* e a classificação de todos os participantes no estudo (Instagram e o influenciador digital). Além do mais, são tratados, também, a regulação da publicidade por meio de um sistema misto de regulamentação vigente no Brasil, os conceitos de publicidade enganosa e aqueles atinentes à responsabilidade civil. O trabalho propõe a responsabilização de todos aqueles que de alguma maneira contribuem para a elaboração e difusão da publicidade, bem como sugere uma maneira eficaz e lícita de sinalizar os *publiposts*.

Palavras-chave: Publicidade Clandestina. Influenciadores digitais. *Publipost*. Instagram. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

The present work analyzes the liability of digital influencers towards clandestine advertisements made through the Instagram app. Considerations regarding advertising and its clandestine form are drawn; such as publipost conceptualization and the classification of all participants in the study (Instagram and digital influencer). Moreover, the regulation of advertising through a mixed regulatory system in force in Brazil, the concepts of misleading advertising and those related to civil liability are also addressed. The paper proposes the accountability of all those who in some way contribute to the preparation and dissemination of advertising, as well as suggest an effective and lawful way to signal publiposts.

Keywords: Clandestine Advertising. Digital Influencers. *Publipost*. Instagram. Civil Liability.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 - Influenciadora Carol Peixinho fazendo publicidade do produto Blow Gummies	39
FIGURA 2 - Tabela de responsabilidade civil. -----	73
FIGURA 3 – Influenciadora Mileide Mihale, fazendo <i>publipost</i> sem sinalização da empresa MS Shoes e Acessórios, em que, uma seguidora relata que comprou o produto influenciada pela influenciadora. -----	87
FIGURA 4 – MC Mirella fazendo <i>publipost</i> da referida loja e ao lado, relato de consumidora que foi influenciada a comprar pelas palavras da influenciadora. -----	88
FIGURA 5 - Influenciadora Luisa Sonza em mais um <i>publipost</i> não sinalizado e ao lado uma seguidora relatando que comprou o produto por causa da indicação da cantora -----	88
FIGURA 6 - Influenciadora Kéfera Buchmann fazendo <i>publiposts</i> dos produtos Salon Line sem qualquer tipo de sinalização. -----	89
FIGURA 7 – Influenciadora Gabriela Pugliesi fazendo <i>publipost</i> com pequena sinalização *publi* após longo texto. -----	89
FIGURA 8 – Influenciadora Bella Falconi fazendo publicidade de garrafas de água sem qualquer sinalização. -----	90
FIGURA 9 – Influenciadora GKAY fazendo publicidade dos sucos Maratá com pequena sinalização no alto da publicação: “parceria paga”. -----	90
FIGURA 10 - Influenciador Christian Figueiredo fazendo <i>publipost</i> com a sinalização #ad. -	91

LISTA DE ACRÔNIMOS

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CBAP – Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária

FCC – Federal Communications Commission

FDA – Food and Drugs Administration

FTC – Federal Trade Commission

SECOM – Secretaria Especial de Comunicação Social

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TV - Televisão

INTRODUÇÃO

O sistema capitalista tem como base o consumo de bens e serviços. A partir da revolução industrial, devido aos avanços tecnológicos, a produção de mercadorias passou a ser feita em larga escala. Em decorrência da necessidade de venda desses produtos, os industriais precisaram encontrar uma maneira de levarem os seus produtos ao conhecimento dos consumidores. Outrossim, também era necessário despertar no comprador o desejo de obter o produto, uma vez que até então, a sociedade se pautava em um modo de vida de subsistência, somente se adquiria um produto quando era essencial, o desafio agora era transformar o supérfluo em bem necessário.

A publicidade foi elegida para atender aos propósitos desses empresários. A publicidade é uma prática comercial quem tem como objetivo influenciar o consumidor para que ele adquira a um produto ou um serviço que esteja sendo ofertado. A arte publicitária aliada aos estudos de marketing tem papel fundamental no sucesso de vendas de uma empresa.

Dois grandes parceiros da publicidade, que contribuem para o êxito da publicidade são os veículos de comunicação, responsáveis por veicularem o informe publicitário e as celebridades, figuras admiradas pela sociedade em que sua vida e seus atos causam grande impacto nas pessoas, sendo dotadas de um importante poder persuasivo. Quanto aos veículos de comunicação, os jornais, revistas, rádio, televisão e cinema são exemplos de mídias que atraem bons resultados para os objetivos dos anúncios.

Com a evolução da tecnologia, um novo meio de comunicação surgiu e se tornou fundamental não só para as relações de consumo, como para o progresso da atividade publicitária. A Internet é hoje um dos principais meios de comunicação utilizados para a divulgação de produtos.

Como a Internet é um meio relativamente novo e está em constante mudança, as velhas formas publicitárias como os comerciais nos intervalos entre a grade de programação na televisão e o merchandising feito em novelas ou em filmes foram modificadas ganhando novos contornos nessa nova plataforma, além de que novos tipos publicitários também foram criados.

As redes sociais foram importantes criações advindas da Internet, tendo como finalidade conectar pessoas em razão de seus gostos e interesses, trata-se de um espaço democrático em que qualquer pessoa pode utilizar-se para compartilhar suas palavras. Com isso, muitas pessoas, até então anônimas, começaram a adquirir notoriedade entre os usuários pelo conteúdo que postavam, essa nova categoria de celebridades, ganhou um termo próprio em razão do seu grande poder de influência, essas pessoas passaram a ser chamadas de influenciadores digitais.

Assim, levando em consideração que um novo meio de comunicação surgiu (a Internet), que novos veículos surgiram (as redes sociais), que novas celebridades surgiram (os influenciadores digitais) e que a publicidade foi inserida no mundo digital, a junção desses quatro fatores proporcionou uma nova modalidade de publicidade: os *publiposts*. Os *publiposts* são uma forma de anúncio em que, utilizam-se os influenciadores digitais como garotos propagandas, eles postam publicações em suas redes sociais a respeito de um produto, para, baseado em seu prestígio com os seus seguidores, influencie eles a adquirirem a oferta anunciada.

A problemática com os *publiposts* acontece porque, por se tratar de um novo formato de publicidade, diferente dos modelos consagrados, as empresas se utilizam desse desconhecimento por parte do consumidor e até das entidades fiscalizadoras, para fazer com que essa publicidade possa ser mascarada para que não se pareça como uma, visto a aversão que a população apresenta às publicidades, além do grande poder de convencimento que esses influenciadores têm perante o seu público.

Dentro da plataforma do Instagram, a discussão sobre o dever que tem os influenciadores de sinalizar seus *publiposts*, ainda segue, apenas levando em consideração o lado ético que o influenciador deve ter com o seu público, em que deve ser sinalizada a publicação, em respeito aos seguidores. Entretanto, não deveria existir tal discussão, visto que o próprio Código de Defesa do Consumidor deixa claro que é necessário identificar a publicidade. Quando o *influencer* deixa sinalizar, ele não está somente agindo de forma antiética, mas também de maneira ilícita. Assim, esse estudo se propõe a analisar a responsabilidade que os influenciadores digitais têm, quando aceitam fazer uma publicidade clandestina, espécie de publicidade ilícita, que leva o consumidor ao erro quanto a natureza da mensagem.

A pesquisa irá demonstrar, através de pesquisas bibliográficas, que a publicidade sem sinalização, chamada de publicidade clandestina, é entendida como ilícita perante o sistema misto de regulamentação da publicidade, através de seus códigos, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Autoregulamentação Publicitária e, que devido à sua antijuricidade, deve haver responsabilização daqueles responsáveis pela construção e transmissão da mensagem ilegal, em que cada um, dependendo de sua posição, deve ser responsabilizado objetivamente ou subjetivamente. Além do mais, demonstrar-se-á que a publicidade clandestina, além de ser classificada como ilícita, também pode ser entendida como enganosa.

O estudo foi dividido em três capítulos, cada capítulo se baseia em um dos temas importantes ao objetivo final de entender e classificar qual a responsabilidade dos influenciadores digitais perante publicidade oculta feita no aplicativo do Instagram. O primeiro trata sobre a publicidade, já que ela é o objeto ao qual a clandestinidade vai se manifestar, causando a ilicitude que será determinante para a responsabilização. O segundo capítulo, trará a forma como a publicidade é regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, já que só pode haver responsabilização e a determinação da ilicitude, se houver alguma norma que assim determine. O último capítulo trará de fato a questão da responsabilidade civil, a partir dos conceitos elencados nos demais capítulos, o último capítulo traz as respostas para as indagações do estudo.

O primeiro capítulo deste trabalho discorre sobre a publicidade e os seus desdobramentos, através da demonstração da sua diferença para a propaganda e para o marketing; sobre as formas de publicidade que podem incorrer em falta de identificação como a publicidade clandestina e o *merchandising*, bem como constatar que a clandestinidade da mensagem é entendida como ilícita pelo ordenamento jurídico brasileiro, além do mais, trata-se no primeiro capítulo, sobre os principais elementos da publicidade, que são eles: o veículo de comunicação (Instagram), os influenciadores digitais e sobre os *publiposts*.

O segundo capítulo trata sobre as formas de regulação da publicidade no ordenamento brasileiro, apontando os agentes e legislações pertinentes ao sistema misto de regulamentação, fala-se sobre o CONAR e o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, sobre o Código de Defesa do Consumidor junto dos princípios que regem a publicidade, além de tratar sobre Projeto de Lei que servirá à regulação das publicidades feitas nas redes sociais, bem como a respeito de como a regulamentação da publicidade é tratada no direito comparado.

O terceiro capítulo encerra o trabalho abordando a publicidade clandestina como sendo uma publicidade enganosa e ao final trata do problema central do estudo, a respeito da responsabilidade civil da celebridade e dos outros agentes que participam da elaboração e veiculação da peça publicitária.

Na conclusão, definir-se-á as respostas obtidas através das pesquisas, entre elas, a classificação da publicidade como sendo enganosa, a necessidade de responsabilização dos agentes da publicidade e a suas respectivas responsabilizações, bem como, ao fim, oferecer proposta para sinalizar uma publicidade no Instagram de maneira correta.

Ainda, o estudo conta com um anexo que inclui fotos de anúncios do Instagram em que é possível ver a veiculação da publicidade clandestina, além do mais, traz fotos do caso relativo à empresa MS Shoes e Acessórios, que fez mais de duas mil vítimas em um golpe e teve as

publicidades, relativas ao produto, feitas por influenciadores na modalidade clandestina, determinantes para que os consumidores adquirissem o produto e sofressem prejuízo.

1. A PUBLICIDADE

A publicidade é a principal aliada das empresas quando essas necessitam apresentar e comercializar um novo produto ou serviço. Através de inúmeras táticas como *jingles*, vídeos, placas luminosas, *outdoors* ou panfletos, por exemplo, a publicidade busca prender a atenção do consumidor, com o intuito final de fazê-lo adquirir a mercadoria anunciada.

Com o passar dos anos, os publicitários perceberam que o uso de pessoas que estavam ligadas à mídia, ajudava a impulsionar as vendas, visto que os consumidores passavam a imitar, por exemplo, as roupas, o jeito de falar e de andar das celebridades. No Brasil, é fácil perceber essa influência a partir da forte influência que as personagens das novelas, veiculadas na Rede Globo de Televisão, sobre o comportamento da sociedade, um adereço utilizado por um dos protagonistas vira moda entre homens e mulheres.

Com a evolução das tecnologias, a televisão ganhou um forte concorrente, não só em termos de veículo de publicidade, possibilitando a criação de novos formatos de publicidade, mas também, de instrumento que permitiu que novas celebridades surgissem, essas, que não contém quaisquer ligações com os tradicionais meios de mídia. É a respeito dessa nova modalidade de publicidade e dessas novas personalidades que devem recair os estudos a respeito da evolução da publicidade.

1.1 DIFERENÇAS ENTRE A PUBLICIDADE E A PROPAGANDA

A publicidade e a propaganda, geralmente, são utilizadas no Brasil como forma de sinônimo, entretanto, o Código de Defesa do Consumidor, tratou de regular apenas a

publicidade e não a propaganda¹, por isso, é necessário pontuar a diferença existente entre as duas².

A palavra propaganda teve seu início fundado na Igreja Católica, onde ela era um órgão da Igreja voltado para difundir os ensinamentos católicos em países de bases não católicas³. O seu significado seria baseado em seu poder de influenciar uma pessoa politicamente, religiosamente e civilmente⁴. Assim, desde sua criação, a propaganda é voltada para a propagação de ideologias ou culturas perante uma sociedade⁵.

As primeiras publicidades tinham caráter informacional, descrevendo o produto que estava sendo exposto à venda. Somente a partir da Revolução Industrial é que a publicidade ganhou o contorno de estimular a população a adquirir os produtos ofertados⁷.

¹O Código de Defesa do Consumidor não cuida de propaganda. Seu objeto é só, e tão só, a publicidade. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 323.

² Importante lição de Bruno Miragem acerca da diferença entre publicidade e propaganda, mesmo sendo adotadas no meio jurídico como sinônimos: Doutrinariamente, busca-se distinguir entre os fenômenos da publicidade e da propaganda. A publicidade sendo a que se realiza com o fim de estimular e influenciar o público em relação à aquisição de determinados produtos ou serviços, o que em geral enseja que seja feita dentro do mercado de consumo. Segundo o artigo 2º da Diretiva 84/450/CE, de 10 de setembro de 1984, sobre publicidade enganosa, considera-se publicidade qualquer forma de comunicação feita no âmbito duma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal tendo por fim promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo os bens imóveis, os direitos e as obrigações. Já a propaganda faz-se com relação a outra série de ideias e conceitos, cuja promoção não se vincula ao objetivo de lucro ou obtenção de alguma vantagem econômica. Todavia, tal distinção não se observa, como regra, na legislação, que utiliza os termos publicidade e propaganda, na maior parte das vezes, como expressões sinônimas. MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor [livro eletrônico]**. 6 ed em e-book baseada na 8 ed impressa. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2019.

³Propaganda era uma congregação de cardeais da Igreja Católica Apostólica Romana que supervisava a difusão da fé cristã, nos países não-católicos, sendo ainda responsável pela organização do trabalho missionário” MALANGA, Eugênio. **Publicidade: uma introdução**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1979, p.10.

⁴MALANGA, Eugênio. **Publicidade: uma introdução**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1979, p. 10

⁵Sendo assim, entendemos que, no início, a Propaganda era estritamente de cunho religioso. Porém, com a Reforma Protestante, o surgimento de novas classes e, principalmente, a Revolução Industrial, a Igreja Católica deixou de ser a principal utilizadora das técnicas da Propaganda e outras instituições começaram a fazer uso dela. SANTOS, Anderson Inácio dos; CÂNDIDO, Danielle. **Por um conceito de Propaganda e Publicidade: divergências e convergências**. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação 40o Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Curitiba - PR – 04 a 09/09/2017, p.3. Disponível em: <http://portalintercom.org.br/anais/nacional2017/resumos/R12-1973-1.pdf>,. Acessado em 6 de novembro de 2019

⁶As organizações religiosas antigamente se constituíam nas principais difusoras de idéias. O clero era o centro do conhecimento e os únicos habilitados a ler e escrever. Neste período a propaganda assumiu um caráter de divulgação de natureza religiosa para conversão dos povos gentios.A Reforma protestante, o aparecimento da imprensa, o surgimento das classes mercantis e comerciais, a descoberta de novos mundos e, mais tarde, a Revolução Industrial, fizeram com que a Igreja Católica perdesse seu monopólio na propagação de idéias. Outras organizações não-católicas começaram a se utilizar da propaganda na difusão de novas idéias, princípios e doutrinas, a qual deixou de ser exclusividade dos sacerdotes e se tornou uma atividade peculiar a vários tipos de organizações econômicas, sociais e políticas. MUNIZ, Eloá. **Publicidade e propaganda: origens históricas**. p. 4. Disponível em: <https://www.eloamuniz.com.br/arquivos/1188171156.pdf> Acessado em: 6 de novembro de 2019.,

⁷Quando as fábricas aumentaram a produção, foi preciso arranjar novos mercados e, portanto, novos vendedores. Mas só o vendedor não bastava. Era preciso divulgar o produto, incentivar a compra, e é justamente nesse ponto que a publicidade entra em ação. MALANGA, op. cit, p. 25

Se a propaganda foi definida por Malanga como aquela capaz de influenciar ideologicamente uma comunidade, para o autor a publicidade pode ser entendida como aquela capaz de influenciar a vontade do consumidor para leva-lo às compras⁸. Tal visão da publicidade, que consiste na finalidade de influenciar o consumidor a adquirir um produto, tem base na teoria da persuasão, teoria da comunicação que diz que se utiliza da instigação para despertar, no público, o desejo pelo produto⁹. Além da diferença nas finalidades específicas da publicidade e da propaganda, o autor pontua, ainda, para quem elas são voltadas¹⁰.

Com o passar da evolução nos veículos de comunicação, o constante aprimoramento nas tecnologias e as mudanças significativas de comportamento e pensamento nas sociedades, teóricos da comunicação como Gilmar Santos e Cláudio Rabelo trouxeram novas interpretações para as definições de publicidade e propaganda¹¹¹².

Segundo as visões de Santos e Rabelo, a publicidade e a propaganda não mais figuras distantes, em que a primeira teria o intuito somente de conduzir os consumidores à compra dos produtos e, a segunda de fazer com que as pessoas adotassem uma ideia ou ideologia divulgada. Para Santos, a publicidade, também está ligada ao velho conceito de propaganda, porém, agora, a transmissão de ideias, antes reservada ao Estado ou a instituições religiosas, pode ser feita, igualmente, pelas marcas. Já para Rabelo, a publicidade estaria interligada à propaganda, não

⁸Portanto, a Publicidade é definida como arte de despertar no público o desejo de compra, levando-o à ação. MALANGA, op. cit, p.11.

⁹As teorias baseadas na crença da persuasão passaram a considerar como eficaz a propaganda que melhor compreendesse as demandas originadas nos desejos, muitos deles inconscientes. RABELO, Cláudio. **Faixa preta em publicidade e propaganda: um guia com os novos conceitos, contextos e ferramentas**. Vitória: GSA, 2018, p. 9.

¹⁰A publicidade visa o coletivo, ao grupo social, à classe profissional tomada como um todo e procura, dessa impressão no coletivo, obter compras do indivíduo. A propaganda visa ao indivíduo e, a partir deste, atingir os grupos sociais, as classes profissionais. MALANGA, op. cit, p.12.

¹¹**Publicidade:** é todo o processo de planejamento, criação, produção, veiculação e avaliação de anúncios pagos e assinados por organizações específicas (públicas, privadas ou do terceiro setor). Nessa acepção, as mensagens têm a finalidade de predispor o receptor a **praticar uma ação específica** (por exemplo, comprar um produto, abrir conta em um determinado banco, reciclar embalagens etc.). Essa ação tem localização no **tempo** e no **espaço**, podendo ser **quantificada**. **Propaganda:** visa a mudar a atitude das pessoas em relação a uma crença, a uma doutrina ou a uma ideologia. Embora muitas vezes utilize as mesmas ferramentas da publicidade, a propaganda não tem a finalidade de levar as pessoas a praticarem uma ação específica ou imediata. Ela visa a uma mudança das **atitudes** do público em relação a uma ideia. Tem lugar na **mente** dos indivíduos ou no **imaginário** social e é de difícil quantificação. SANTOS, Gilmar. **Princípios da publicidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005, p. 17.

¹²Em resumo, a publicidade diz respeito à atividade profissional com sua estrutura, linguagem, mercado e tecnologias; já a propaganda se refere ao caráter ideológico, mitológico e discursivo que envolve um ou vários signos, como por exemplo uma marca. Dessa forma podemos dizer que a atividade publicitária é uma entre muitas das ferramentas que têm a função de ampliar a eficácia da propaganda. RABELO, Cláudio. **Faixa preta em publicidade e propaganda: um guia com os novos conceitos, contextos e ferramentas**. Vitória: GSA, 2018, p. 32-33.

por meio de seu conceito, mas sim porque essa seria um conjunto de ações voltados para o atingir a finalidade da propaganda.

Já em relação à propaganda, para ambos, bem como para Malanga, a propaganda visa promover ideias à população, porém, agora, a difusão das ideias não é somente restrita ao governo, as marcas também se voltaram a esse aspecto, não só como uma maneira alternativa de impulsionar as vendas, mas também devido ao compromisso social que as marcas passaram a adotar.

Essa ideia de que as marcas devem apresentar ou por meio da publicidade ou da propaganda, uma preocupação social, além do interesse nas vendas, sustenta-se com base nas teorias funcionalistas da comunicação¹³.

Apesar, das evoluções nas teorias das comunicações, em que se entende que se deve superar a venda de produtos como o único propósito da publicidade. No ramo do direito, os juristas tendem a adotar a referida teoria da persuasão para tratar definir a publicidade. Assim, para fins de regulação da publicidade, a instigação do consumidor à obtenção de mercadoria ou serviço é parte obrigatória para a caracterização da publicidade¹⁴¹⁵.

Além do inquestionável objetivo de persuasão da publicidade, novos entendimentos surgiram para analisar o papel que a sociedade tem sobre a publicidade¹⁶. Como o caso da visão sistêmica, na qual a publicidade influencia, diretamente, não só o consumidor, mas também, os

¹³ Os novos discursos da área propagam a ideia de que a função de uma empresa não seria a de lucrar ou manipular, mas a de promover valores para todo um mercado, formado por consumidores, fornecedores, concorrentes, acionistas, mídia, governos, negócios, correlatos e sociedade como um todo. As marcas, nesse sentido, seriam peças sociais capazes de gerar empregos, aquecer a economia, criar atitudes sustentáveis, promover a preservação do meio ambiente, fortalecer parcerias estratégicas com organizações não governamentais e com os setores público e privado. Tudo muito justificado como parte de uma engrenagem, com funções importantes para o desenvolvimento econômico e social. RABELO, op. cit, p. 43-44.

¹⁴A publicidade empresarial pode ser conceituada como toda mensagem transparente e identificável como tal, enviada por um fornecedor de serviços ou mercadorias a consumidores em potencial, a qual tem por objetivo informá-los sobre o bem que se comercializa ou simplesmente estimular a aquisição desse bem, desde que não divulgue informações falsas nem utilize recursos abusivos para tal intento. DEL MASSO, Fabiano. **Direito do consumidor e Publicidade Clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 90.

¹⁵A publicidade pode ser conceituada como sendo qualquer forma de transmissão difusa de dados e informações com o intuito de motivar a aquisição de produtos ou serviços no mercado de consumo. TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 462.

¹⁶Toda e qualquer discussão sobre a publicidade deveria começar com o reconhecimento das contribuições cruciais que a publicidade tem feito à sociedade. Ela dá ao público ou, mais especificamente, aos potenciais consumidores, informações úteis e desejáveis; tem dado tradicionalmente um grande apoio aos meios de comunicação, isto é, à produção e distribuição de notícias e entretenimento que não têm relação com a publicidade. De modo um tanto controverso marketing e a criação de demanda ajudam a economia; e, ao lado de outras produções simbólicas com as quais compete, das quais se alimenta e para as quais contribui, ela promove a cultura. Nenhuma política pública devia ignorar as contribuições (questionáveis) que a publicidade propriamente dita faz à sociedade. ADLER, Richard P.; FIRESTONE, Charles M. **A conquista da atenção: A publicidade e as novas formas de comunicação**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel, 2002, p. 64.

meios de comunicação, a economia e a cultura¹⁷. Por outro lado, como o próprio conceito de abordagem sistêmica traz, a publicidade não só afeta, como também é afetada¹⁸.

Com a criação da Internet e o crescimento das redes sociais, a influência que o meio exerce sobre a publicidade torna-se perceptível. Um exemplo está na marca esportiva Adidas que, em 2017, pronunciou que não mais investiria nos comerciais televisivos, passando a dedicar-se inteiramente à produção de conteúdos digitais¹⁹.

Ainda, para entender o porquê da publicidade ser influenciada pelo seu consumidor e pelos veículos de comunicação, é necessário recordar a atenção como fundamento psicológico do anúncio, segundo esse conceito é necessário ter a atenção do consumidor para que ele consuma os anúncios produzidos, porém tal atenção está escassa devido à quantidade de anúncios e de meios de comunicação que o público está exposto, por tanto, é necessário que as agências tenham conhecimento para onde a atenção de seu alvo está voltada para que tenha um maior êxito com seu trabalho.

1.2 MARKETING

O marketing e a publicidade, por muitas vezes são confundidos, porém não podem ser tratados como sendo sinônimos, já que a publicidade faz parte do marketing, agindo como uma ferramenta²⁰, utilizada pelo marketing para impulsionar as vendas, enquanto este trata da comercialização do produto, indo além da simples divulgação do produto²¹. Pelo próprio significado da palavra marketing, é possível identificar essa diferença:

¹⁷Nessa abordagem, o fenômeno é concebido como um todo, composto de partes interrelacionadas e interdependentes (o **sistema**), que interagem entre si e com o ambiente, isso quer dizer que a publicidade está inserida em um **sistema social**, do qual sofre interferências e sobre o qual interfere. SANTOS, Gilmar. **Princípios da publicidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005, p. 19.

¹⁸É importante notar que, nesse contexto, atividade publicitária não existe per se - ela é resultante dos mesmos processos que foram estruturando os mercados, ao longo dos séculos, e hoje constitui uma etapa essencial na composição do modelo de produção das organizações modernas. Ninguém “inventou” a publicidade como hoje a conhecemos. Ela foi se moldando às necessidades das organizações à medida que a produção se intensificava, os mercados ficavam mais amplos e o fornecedor se distanciava do consumidor. SANTOS, op. cit., p. 24.

¹⁹DINO. **Multinacionais deixam de investir em TV e apostam tudo no digital**. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/dino/multinacionais-deixam-de-investir-em-tv-e-apostam-tudo-no-digital-shtml/>. Acessado em 02 de dezembro de 2019.

²⁰RABELO, Cláudio. **Faixa preta em publicidade e propaganda: um guia com os novos conceitos, contextos e ferramentas**. Vitória: GSA, 2018, p. 98.

²¹O *marketing*, como visto, além da publicidade, compreende uma grande quantidade de mecanismos de incentivo às vendas, valendo citar, em lista assistemática, as loterias, as ofertas combinadas (e o seu desvio, a venda casada), os cupons, os selos, as vendas por correspondência e em domicílio, os prêmios, as liquidações e promoções, o

Estratégia empresarial de otimização de lucros por meio da adequação da produção e oferta de mercadorias ou serviços às necessidades e preferências dos consumidores, recorrendo a pesquisas de mercado, *design*, campanhas publicitárias, atendimentos pós-venda etc. (GOOGLE, Dicionário, 2019).

Assim, o marketing abrange atividades e objetivos maiores que aqueles específicos da publicidade. Essas diferenças lembram as definições de publicidade e propaganda proferidas do Cláudio Rabelo, em que a publicidade é um conjunto de ações que estaria dentro da propaganda, contudo, nesse caso, a publicidade estaria contida no marketing, além de que enquanto o objetivo do marketing é o lucro, o da propaganda seria o de difundir princípios.

1.3 PUBLICIDADE CLANDESTINA

Superada a definições e diferenças entre a publicidade, a propaganda e o marketing, é necessário destacar uma das modalidades de publicidade, a chamada de publicidade clandestina.

Com a saturação das publicidades, em razão da enorme quantidade de anúncios e repetições que os consumidores têm contato diário, bem como a aversão que o público gerou destes anúncios²², a atenção despendida para os reclames diminuiu, então foi preciso encontrar uma nova maneira de anunciar os produtos ou serviços sem que o espectador ou leitor desviasse a atenção.

Desse modo, surgiu a ideia de fazer com que a publicidade passasse despercebida, visto que quando o consumidor entendia que aquele texto ou vídeo se tratava um comercial, logo mudava-se a página ou o canal. Com isso, era necessário pensar em um novo tipo de publicidade, no qual o público não entendesse que se tratava de uma publicidade, para que,

envio de mercadorias não solicitadas, os produtos ou serviços “grátis”, os descontos, os concursos, as marcas, as embalagens, a facilidade e preço do crédito. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 263.

²²Um problema de longa data é o cinismo difundido entre os consumidores a respeito das intenções e técnicas usadas pelos anunciantes. Embora as campanhas publicitárias individuais tenham se revelado populares, em geral os consumidores são céticos em relação à publicidade e têm pouco respeito pelos anunciantes. ADLER, Richard P.; FIRESTONE, Charles M. **A conquista da atenção: A publicidade e as novas formas de comunicação**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel, 2002, p. 26.

deste modo, não ignorasse a mensagem. Assim, nasce a publicidade entendida como clandestina, que, também, pode ser chamada de velada, simulada ou dissimulada²³. Essa nova modalidade é utilizada em razão de ter maior eficácia nas vendas²⁴.

Assim, explica-se o porquê das escolhas das agências e das marcas pelo uso da publicidade mascarada. No início do Instagram, as publicidades, quase todas, eram feitas nesta modalidade, em que se contratavam os influenciadores digitais para vender um produto, devido ao seu grande prestígio com os seus seguidores e poder de persuasão. Porém, com o passar do tempo, percebeu-se que os próprios usuários entendiam que determinado post era na verdade uma publicidade disfarçada e, com isso, o efeito esperado pela publicidade velada, de uma maior atração do público com o produto, teve impacto contrário, já que, agora, os usuários se sentiam enganados, tanto pela marca, quanto pelo influenciador envolvido na postagem. Desta maneira, começou-se um movimento de transparência tanto do influenciador, como da marca, em que as publicidades voltaram a ser sinalizadas, principalmente, por meio das *hashtags* #publi ou #ad. Um exemplo deste fenômeno, é o aumento em 56% no ano de 2018, da sinalização das publicidades feitas no Instagram²⁵.

A publicidade clandestina, pode apresentar duas formas, a primeira é aquela que o receptor não entende que aquela mensagem é na verdade uma publicidade²⁶ e a segunda é a mensagem subliminar, que mexe com o subconsciente do consumidor. Já a outra forma é a da publicidade subliminar²⁷. Porém, neste trabalho, o estudo da publicidade velada será voltado para a primeira forma.

A publicidade clandestina ganha, ainda, este nome, devido ao fato de que esta modalidade é proibida pelo ordenamento brasileiro. Segundo o *caput* do art. 36 do Código de Defesa do Consumidor: "A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal".

²³A publicidade clandestina pode ser entendida como: A publicidade clandestina é aquela divulgada às escondidas, que não quer ser percebida como tal; pode também ser chamada publicidade camuflada ou simulada. DEL MASSO, Fabiano. **Direito do consumidor e Publicidade Clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 88.

²⁴Os resultados provindos do anúncio realizado de forma clandestina são de grande eficiência para o anunciante, pois os consumidores em potencial atribuem maior confiança à mensagem recebida que não suspeitam ser publicitária. DEL MASSO, op. cit, p. 89.

²⁵JULIO, Karina Balan. **Sinalização de conteúdo pago no Instagram aumentou 56% em 2018**. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/midia/2019/05/08/em-um-ano-instagram-teve-alta-de-56-em-conteudos-patrocinados.html>. Acesso em: 19 de outubro de 2019.

²⁶Na primeira, não existe nenhuma menção ou razão para que o receptor desconfie que se trata de um anúncio publicitário. DEL MASSO, Fabiano. **Direito do consumidor e Publicidade Clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 94.

²⁷A publicidade é realizada com a ocultação da própria mensagem, quando os mecanismos de transmissão não possibilitam ao receptor da mensagem captá-la conscientemente. DEL MASSO, op. cit, p. 95.

Desta forma, a natureza da publicidade velada é contrária ao que é pregado no art. 36 do CDC, já que seu intuito é que a publicidade não seja notada, nem que seja entendida como tal.

1.4 MERCHANDISING

A publicidade, também, é confundida com o merchandising, entretanto, é necessário discorrer que, na verdade, o merchandising é uma das modalidades de publicidade.

O merchandising, também conhecido como merceologia é definido como um tipo de publicidade em que não fica claro ao consumidor que aquilo se trata de uma publicidade²⁸.

A criação e escolha do merchandising tem relação com a saturação em que as milhares de publicidades espalhadas em diversos meios de comunicação causaram ao consumidor, a persuasão pretendida não estava mais sendo alcançada, assim, era necessário mudar a estratégia para atrair a atenção e o interesse do público.

O cinema, a música e a televisão, através de seus artistas, sempre tiveram grande apelo com a sociedade, em que determinada vestimenta usada, restaurante visitado por estas celebridades, por exemplo, tornavam-se tendência, tendo os seus comportamentos replicados pela população. Desta maneira, o mercado entendeu que a maneira de ampliar o alcance da publicidade e a visibilidade do produto, seria através da influência destas personalidades. No Brasil, a maior forma de influência no comportamento da sociedade brasileira partiu das novelas, em que qualquer produto ou corte de cabelo portado pelos atores era automaticamente copiado pelos seus telespectadores²⁹.

²⁸Assim, também define Veronezzi o conceito de merchandising: A rigor, merchandising é a forma de fazer publicidade sem ficar evidente que a aparição do produto está sendo paga. VERONEZZI, José Carlos. **Mídia de A a Z: conceito critérios e formulas dos 60 principais termos de mídia**. 3 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009, p. 190. Ele complementa: O termo merchandising tem sido usado pelo mercado publicitário para quase tudo que não seja comercial tradicional, e tornou-se a denominação corriqueira para comerciais ao vivo, testemunhos endossados por apresentadores, ações promocionais dentro de programas, musiquinhas cantadas, e até para eventos promocionais, mesmo quando eles não têm nenhum envolvimento com **meios de comunicação**. VERONEZZI, loc. cit.

²⁹É inegável a força do merchandising quando feita da forma certa. Um fato curioso ocorreu na década de 1980, em uma novela da TV Globo em que uma personagem dizia que estava cansada da cor roxa e que não iria mais usar roupas dessa cor. O que o autor não sabia era que as lojas estavam estocadas com roupas de cor roxa, porque seria a cor da estação. As roupas ficaram todas encalhadas nas lojas, e a Associação dos Lojistas do Rio de Janeiro enviou carta à rede Globo queixando-se do fato. Para sanar o problema, a emissora colocou, em outro capítulo, a mesma personagem dizendo que tinha mudado de idéia e que passaria a comprar roupas da cor roxa. As lojas

A princípio, o merchandising apresenta características da publicidade simulada, visto que é inscrito na cena produtos que as personagens interagem ou fazem menção em sua fala, como forma de apresentar e influenciar os espectadores a adquiri-los de maneira sutil, sem que o espectador perceba que está assistindo a um anúncio publicitário. Porém, o merchandising se diferencia das publicidades clandestinas, visto que ao final do filme ou na novela, por exemplo, é feita menção às marcas divulgadas, sinalizando que aquilo se trata de uma modalidade de publicidade, enquanto na publicidade clandestina não há qualquer menção das marcas ou de que aquilo seja uma publicidade.

1.5 PUBLIPOSTS: UMA NOVA FORMA DE PUBLICIDADE

Na era da Internet, novas formas de publicidade surgiram. O primeiro desses formatos foi o banner, uma espécie de placa na qual, além de conter as informações do anúncio, também, traz como novidade a interatividade, em que é possível clicar na publicidade que levará ao site do produto ou do serviço para maiores informações ou para a compra, ele que pode ser alocado em qualquer parte do site, ou pode vir em forma de *skyscraper*³⁰ e os *pop-ups*³¹.

Com a evolução da Internet, novas ferramentas foram criadas, as redes sociais ganharam destaque e, além do anúncio nos sites, a publicidade se expandiu para dentro das redes sociais, não mais fica restrita a apenas uma área do site como *banners*, ou somente a abrir a página como os *pop-ups*.

Com os blogs e as redes sociais, foi dado aos usuários a possibilidade de estes compartilharem seus pensamentos e interesses de maneira aberta, podendo ser vista por

passaram a vender as roupas de cor roxa acima do normal até, e a Associação das Lojistas novamente se dirigiu à rede Globo, mas dessa vez para agradecer pela ajuda nas vendas. VERONEZZI, José Carlos. **Mídia de A a Z: conceito critérios e formulas dos 60 principais termos de mídia**. 3 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009, p. 193.

³⁰ **Banners:** No começo da internet, este formato tinha um único tamanho-padrão, retangular e alongado horizontalmente, posicionado no topo da página e medindo 468 x 60 *pixels* (largura x altura). Atualmente, os maiores espaços para anúncios são chamados genericamente de *banners*, são posicionados em qualquer lugar da página e podem ter diversos formatos, inclusive na forma de retângulo vertical, quando são chamados de *Skyscraper*. **Skyscraper** ou *Sky*. Tipo de *banner* retangular e vertical, posicionado, conforme o padrão da IAB dos Estados Unidos, no topo e no canto direito da página, devendo medir 120 x 600 *pixels*. VERONEZZI, José Carlos. **Mídia de A a Z: conceito critérios e formulas dos 60 principais termos de mídia**. 3 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009, p. 157

³¹ Os *pop-ups* podem ser definidos como: Janela que se abre automaticamente logo após a pessoa acessar a página. VERONEZZI, loc. cit.

qualquer pessoa conectada à rede. Algumas dessas pessoas anônimas começaram a ganhar popularidade nos assuntos que compartilhavam em suas redes. Destarte, percebeu-se que estas pessoas tinham o mesmo poder que as celebridades tinham para fazer com que indivíduos adquirissem confiança.

Aliado a esse fator, tem-se o fato de que hoje, a população depreende uma considerável quantidade de tempo, por dia, para o uso das redes sociais. O Brasil é o segundo país no mundo em que a população mais passa o tempo nas redes sociais, segundo pesquisa divulgada pela GlobalWebIndex, em 2019, estima-se que cada brasileiro passe, em média, 225 minutos por dia³², além de mais, os brasileiros de 16 a 34 anos de idade passariam, em média, 4 horas diárias nas redes sociais³³.

Isto posto, as empresas, estrategicamente, incorporaram aos seus planos de venda, uma nova forma de publicidade, aquela feita através de postagens nas redes sociais, em que pessoas influentes são pagas para difundir entre o seu público um determinado produto.

Esta tática tem fundamento na segmentação de mercado. Com a escassez da atenção, em que o público é bombardeado por diversos meios de comunicação e por milhares de anúncios publicitários, foi necessário repensar qual seria a melhor maneira de fazer com que a mensagem chegasse ao potencial consumidor e produzisse seus efeitos. Há três tipos de abordagem para que a informação chegue em seu alvo, a abordagem indiferenciada e a abordagem de segmentação de mercado que se subdivide em segmentação concentrada e segmentação diferenciada³⁴.

A segmentação do mercado foi um movimento iniciado pelos próprios meios de comunicação, onde os jornais norte-americanos passaram a criar seções voltadas à determinados assuntos, bem como publicações voltadas a um público definido, como o

³²DUARTE, Fernando. **Brasil é “vice” em tempo gasto em redes em ranking dominado por emergentes.** Disponível em: <https://f5.folha.uol.com.br/nerdices/2019/09/brasil-e-2o-em-ranking-de-paises-que-passam-mais-tempo-em-redes-sociais.shtml>. Acessado em 6 de novembro de 2019.

³³KANAVAGH, Duncan. **Teenagers and Social Media: What Every Marketer Should Know.** Disponível em: <https://blog.globalwebindex.com/trends/teenagers-and-social-media/>. Acessado em: 13 de novembro de 2019.

³⁴A análise do mercado, como um todo, permite ainda identificar grupos de consumidores com necessidades e desejos mais ou menos semelhantes, permitindo à empresa optar por três abordagens distintas. A primeira é chamada **indiferenciada**, ou seja, quando as diferenças entre os vários grupos de consumidores são muito pequenas e não justifica a empresa desenvolver um *mix* de marketing específico para cada estrato do mercado. As duas outras são chamadas de **segmentação de mercado**. Pode ser a **segmentação concentrada**, quando a empresa elege um nicho de mercado para o qual ela tem potencial de fornecer maior valor, descartando os outros. Ou então, a **segmentação diferenciada**, quando a organização identifica vários grupos rentáveis de consumidores e desenvolve um *mix* de marketing específico para cada um deles. SANTOS, Gilmar. **Princípios da publicidade.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005, p. 123.

feminino³⁵. As revistas e a televisão seguiram o mesmo percurso, criando revistas e canais onde o seu público alvo estava bem definido ou por assuntos como, por exemplo, esportes, jardinagem, culinária, música ou por faixa etária, como aqueles voltados ao público infantil/adolescente³⁶. Agora, são os influenciadores que fazem esse papel de segmentação.

Analisando os *publiposts* feitos no aplicativo *Instagram*, nota-se o uso da segmentação de mercado, mais precisamente a de segmentação concentrada, baseada na escolha de grupos específicos. O influenciador digital trabalha, geralmente, com um conteúdo específico, por exemplo, os *influencers* Gabriela Pugliesi, Bella Falconi e Mayra Cardi trabalham com o segmento de saúde, assim como Thassia Naves, Rica de Marré e Camila Coutinho, voltam-se para o ramo da moda, assim, os usuários escolhem seguir aqueles que tem mais a ver com seus interesses e predileções, portanto, a escolha do influenciador que fará a campanha publicitária revela para qual nicho está sendo voltado aquele anúncio, já que é mais vantajoso anunciar um produto de emagrecimento para quem acompanha perfis de saúde do que para aqueles que seguem perfis de educação.

No Instagram, por exemplo, os *publiposts* podem ser feitos através das fotos ou vídeos que são publicadas nos perfis, bem como, pela nova ferramenta, criada em 2016³⁷, chamada de *stories*, em que são feitos pequenos vídeos de até 15 segundos, que após 24 horas somem dos perfis³⁸, caso não sejam salvos e adicionados ao espaço chamado de “destaques”³⁹.

No caso dos *publiposts* feitos em no formato de fotos expostas no perfil, uma das técnicas utilizada é a do *product placement*⁴⁰, em que determinado produto é inserido dentro da foto, parecendo que ele faz parte do cotidiano de quem fez a postagem.

³⁵Começou pela mídia impressa nos Estados Unidos e na Europa, por volta das décadas de 1950/1960, timidamente com o surgimento de revistas voltadas para assuntos específicos, e os grandes jornais criando os primeiros suplementos dominicais para o público feminino, infantil, pecuarista e outros segmentos, como artes e literatura. VERONEZZI, José Carlos. **Mídia de A a Z: conceito critérios e formulas dos 60 principais termos de mídia**. 3 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009, p. 280.

³⁶VERONEZZI, op.cit, p. 280-281.

³⁷CARDOSO, Beatriz. **Instagram Stories faz 2 anos; veja a evolução da ferramenta**. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/08/instagram-stories-faz-2-anos-veja-a-evolucao-da-ferramenta.ghtml>. Acesso em 2 de novembro de 2019.

³⁸**Instagram Stories como aproveitar a funcionalidade e potencializar campanhas**. Disponível em: <https://blog.inboundsoul.com/instagram-stories-como-aproveitar-as-funcionalidades-e-potencializar-campanhas>. Acessado em: 20 de setembro de 2019

³⁹**BIJORA, Helito. Como destacar stories no instagram**. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/2017/12/como-usar-o-instagram-stories-highlight-e-salvar-fotos-e-videos.ghtml>. Acessado em: 2 de novembro de 2019.

⁴⁰Tal técnica, denominada *product placement*, consiste em inserir determinado produto em um filme televisivo da programação normal. A exploração da situação é dissimulada dentro do contexto, o que leva muitas pessoas a não identificar como publicitária tal mensagem. Nesses casos, existem valores envolvidos e o telespectador está preparado para a venda de produtos, mas não para a inserção de valores que ele adotará em razão do programa escolhido. DEL MASSO, Fabiano. **Direito do consumidor e Publicidade Clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 107.

O problema não só da alternativa do *product placement*, mas também de outros *publiposts* encontrados no Instagram está na utilização da técnica da publicidade mascarada nos anúncios, ou seja, não há identificação de que aquelas postagens promovendo produtos são, na verdade, uma publicidade, na qual os influenciadores digitais ou as celebridades estão sendo pagas para propagandear-los. Tal modelo é proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme o art. 36, em que a publicidade deve ser facilmente identificada pelo consumidor. O Instagram criou, então, a ferramenta chamada de "parceria paga", onde os *influencers* no lugar da localização das fotos e vídeos, bem como na parte superior dos *stories*, podem escrever "parceria paga", mostrando que tal recomendação é na verdade uma publicidade, também, utiliza-se as *hashtags* ao final dos textos ou ao longo dos *stories*, escrever as palavras "publi" ou "ad" como forma de avisar ao leitor que aquilo se trata de uma publicidade.

Outro ponto importante na predileção pelos *publiposts* está no fato de que essa encaixa-se, perfeitamente, dentro dos 5 fundamentos psicológicos do anúncio⁴¹, necessários ao sucesso de uma publicidade: atenção, interesse, desejo, ação e convicção. A atenção vem através dos vídeos ou fotos publicados, nos quais os seguidores depreendem tempo para acompanhar, os jovens passam, por exemplo, em média, uma hora e meia por dia no Instagram, segundo levantamento da Cuponation⁴²; o interesse vem do fato que o influenciador é uma espécie de celebridade e que o seu público acompanha todas as suas postagens, assim o fato de que determinado influenciador esteja anunciando um produto, desperta o interesse no seguidor de procurar entender do que aquele produto se trata, uma vez que no entendimento do público, se a celebridade, pela qual existe uma afinidade, está recomendando o produto é porque ele deve ser confiável e utilizado por ele em sua rotina; o desejo em tese se parece com o interesse, ele se manifesta porque o influenciador, além de apresentar o aspecto da admiração e inspiração, que as celebridades causam entre a população, levando-os a consumirem produtos na tentativa de se sentirem ou de serem como os seus ídolos⁴³, além do mais, tem o aspecto de serem pessoas comuns e terem alcançado o sucesso, assim, há a ideia de que aquela pessoa atrás da tela é alguém comum, do nosso convívio, como se fosse um amigo e, por isso, se um amigo está

⁴¹MALANGA, Eugênio. **Publicidade: uma introdução**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1979, p. 44.

⁴² **Instagram -2019. Estudo mostra quantas horas os jovens passam nas redes sociais**. Disponível em: <https://www.cuponation.com.br/insights/instagram-2019>. Acessado em 5 de novembro de 2019.

⁴³ A linguagem publicitária é carregada de estereótipos sociais; mandamento constante em um anúncio publicitário é o de exclusão social para aqueles que não estiverem dispostos a adquirir determinado produto ou serviço. Essa imposição produz efeitos drásticos não apenas nas pessoas que se sentem obrigadas a estar por dentro das tendências para a aquisição de produtos e, portanto, ser admitida socialmente, mas, sobretudo, para aqueles que muitas vezes buscam formas ilícitas para garantir seu espaço social. DEL MASSO, Fabiano. **Direito do consumidor e Publicidade Clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 104-105.

usando uma nova roupa, comendo em um restaurante diferente, é despertada a necessidade de consumir o mesmo; quanto à ação, que trata do movimento que levam os potenciais consumidores a efetivarem a compra após terem alimentado o seu desejo, um exemplo é pesquisa realizada em que 73% dos entrevistados já compraram um produto com base no influenciador⁴⁴, demonstrando a eficácia da utilização destes para as campanhas; a respeito da convicção, é entendido que o consumidor deve ter a certeza de que o produto vale a pena ser adquirido⁴⁵, ou seja, quando um influenciador faz diversos anúncios de uma mesma marca, bombardeando a sua página com inúmeros conteúdos relacionados ao mesmo produto, aquele que o acompanha, acredita que se aquela pessoa pela qual ela nutre respeito faz incontáveis publicações sobre o mesmo produto é porque ele deve ser muito bom, já que na relação de confiança que o seguidor tem com o influenciador, este jamais associaria sua imagem a uma marca que não usasse ou que não fosse de excelente qualidade.

1.6 INSTAGRAM: UMA NOVA FORMA DE VEICULAÇÃO PUBLICITÁRIA

Desde os primórdios da publicidade, a informação é levada ao público através de canais que conectam o comerciante e o consumidor.

Na Antiguidade e na Idade Média, a mensagem publicitária era, predominantemente, informada oralmente por figuras tais como os grandes oradores na Grécia Antiga e os arautos na Inglaterra⁴⁶.

Na Roma Antiga, além da forma oral, houve, também, o uso da forma escrita, através das tabuletas. Tal instrumento era utilizado para a divulgação de mercadoria e de combate de gladiadores⁴⁷.

⁴⁴**Quem são os maiores influenciadores digitais do Brasil?**. Disponível em: <https://www.institutoqualibest.com/comportamento/os-maiores-influenciadores-digitais/>. Acessado em 3 de outubro de 2019.

⁴⁵Malanga exprime que convicção é: é preciso haver convicção de que o produto é bom. MALANGA, Eugênio. **Publicidade: uma introdução**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1979, p. 47.

⁴⁶MALANGA, Eugênio. **Publicidade: uma introdução**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1979, p.16-17.

⁴⁷Ibidem, p.16.

A revolução da veiculação da publicidade, então, veio com o que Malanga definiu como “palavra impressa”⁴⁸, com o advento dos jornais. Porém essa nova fase é melhor expressada com o início da cobrança pela veiculação de publicidade⁴⁹.

Assim, além da criação da imprensa, a evolução da publicidade também pode ser caracterizada pela passagem da transmissão gratuita para a onerosa da mensagem, uma vez que além de financiarem os meios de comunicação, contribuindo para a suas evoluções⁵⁰, a onerosidade trouxe um caráter mais profissionalizante para o ramo da publicidade, já que espera-se como contrapartida do dinheiro investido na compra do espaço de veiculação, uma peça publicitária que traga os objetivos esperados.

Esta evolução é representada pelo uso, além dos jornais, de revistas, rádios, televisões e cinema como forma de propagação da oferta.

Apesar da importância que o jornal teve para a publicidade, não se pode negar que a televisão foi o meio que mais contribuiu para a difusão da publicidade, a televisão é o veículo de mídia que as pessoas mais utilizam para o entretenimento e para acesso à informações, segundo dados da Pesquisa Brasileira de Mídia divulgada em 2016⁵¹, assim, devido à grande audiência que os canais atraíam, a televisão tornou-se uma excelente escolha para propagar a publicidade, em vista de alcançar o objetivo de captar o máximo possível de potenciais consumidores.

A televisão é composta pela TV aberta e pela fechada, para ter acesso à primeira é necessário ter uma televisão capaz de captar sinais, enquanto na segunda é necessário realizar assinaturas, que, no Brasil, não possuem preços acessíveis, porém esse tipo de televisão é caracterizado pela possibilidade de acesso à canais temáticos exclusivos⁵², como de músicas, esportes, infantis, por exemplo. Enquanto a TV aberta possui um maior número de telespectadores e, portanto, um maior número de consumidores, a TV fechada possui canais

⁴⁸Mas, quando Gutenberg inventou a imprensa, surgiu um veículo inteiramente novo e que predomina até hoje: a palavra impressa. Isso mudou completamente o panorama das comunicações. MALANGA, op. cit, p.18.

⁴⁹Nessa época os jornais norte-americanos e ingleses começavam a aceitar anúncios pagos. Justamente aqui tem início a publicidade moderna: anúncios inteiramente pagos e que, de certa forma, contribuem para manter o jornal. MALANGA, loc. cit.

⁵⁰Durante muitos anos, em quase todos os países europeus, as TVs abertas não tinham anúncios. Eram subsidiadas por uma taxa compulsória paga pelos domicílios que possuíam aparelhos de TV. Mas esse modelo não funcionou. As TVs desses países só conseguiram se desenvolver depois que foi adotado sistema semelhante ao dos Estados Unidos e do Brasil, entre outros, de emissoras privadas sustentadas pelos anúncios. VERONEZZI, José Carlos. **Mídia de A a Z: conceito critérios e formulas dos 60 principais termos de mídia**. 3 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009, p. 294.

⁵¹**Relatório final pesquisa brasileira de mídia PBM – 2016**. Disponível em: <http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2016.pdf/view>. Acessado em 2 de outubro de 2019.

⁵²VERONEZZI, José Carlos. **Mídia de A a Z: conceito critérios e formulas dos 60 principais termos de mídia**. 3 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009, p. 291-292.

com conteúdos específicos, facilitando a conexão entre o público alvo e a campanha publicitária.

A Internet revolucionou as formas de comunicação, com tecnologias inovadoras, possibilitou o acesso q todos os outros meios de comunicação, como jornais, revistas, canais de televisão, dentro de uma mesma plataforma, tornando, inclusive, o acesso q esses conteúdos mais baratos. Ainda, o fato da Internet poder ser suportada em várias plataformas como celulares, computadores, *tablets* e televisões, facilita que o usuário possa usufruir de mais de uma maneira de se conectar aos conteúdos gerados. A Internet também foi responsável por encurtar as distâncias, possibilitando que pessoas de diferentes lugares pudessem se conectar instantaneamente, tal aspecto impulsionou, não só novas formas de fazer comércio, como também foi determinante para a criação e sucesso das redes sociais. Segundo a referida pesquisa, a Internet é hoje o segundo veículo de mídia mais utilizado no país.

As redes sociais⁵³ são marcadas pela possibilidade de que seu usuário possa, além de compartilhar sua vida, como um diário, criar e procurar por conteúdos que amoldam aos seus interesses, podendo trocar e absorver informações com pessoas de interesses semelhantes. Então, apesar de terem objetivo imediato de promover o relacionamento entre seus participantes, de maneira mediata, as redes sociais proporcionam a criação de conteúdos novos⁵⁴.

O Instagram é, essencialmente, uma rede social, já que os usuários criam um perfil onde podem postar vídeos ou fotos própria ou de imagens que lhes agradem e, através desse perfil e de suas postagens podem interagir com outras pessoas, conhecidas ou até desconhecidas, porém, também, tem um pouco da ideia de um *blog* em que o dono do perfil pode fazer postagens sobre ideias, exprimindo o que pensa através de uma foto e de um pequeno texto, enquanto os seus seguidores podem comentar sobre o que foi postado.

⁵³As redes sociais consistem em um fenômeno e, junto com os blogs e outros sites colaborativos, criam as chamadas mídias sociais. Elas integram perfis e comunidades, criando para o consumidor uma agradável sensação de proximidade com todos. Formam um fenômeno cultural em constante ascensão e, por serem colaborativas na essência, estão em constante transformação. TORRES, Cláudio. **A bíblia do marketing digital: tudo o que você queira saber sobre marketing e publicidade na internet e não tinha a quem perguntar**. São Paulo: Novatec Editora, 2009, p. 31.

⁵⁴Nas mídias tradicionais, como a televisão, o rádio e a imprensa, embora haja algum nível mínimo de interação, o conteúdo é gerado por especialistas, como os jornalistas, e controlado por alguns poucos proprietários destes meios de comunicação. Já nas mídias sociais não há nem controle nem propriedade: o próprio consumidor é quem produz a informação e julga o que vale a pena ser lido e divulgado. TORRES, Cláudio. **A bíblia do marketing digital: tudo o que você queira saber sobre marketing e publicidade na internet e não tinha a quem perguntar**. São Paulo: Novatec Editora, 2009, p. 113.

O sucesso no compartilhamento de fotos e vídeos levou o Instagram, criado em 2010, a ser atualmente a terceira rede social mais utilizada pelos brasileiros⁵⁵, segundo a pesquisa divulgada pela SECOM.

Desta maneira, tendo em vista que, hoje, a Internet é o segundo meio de comunicação e o Instagram a terceira rede social mais utilizada pelos brasileiros, compreende-se o porquê de o mercado publicitário estar elegendo esta rede social para vender mercadorias.

Além da alternativa aos *publiposts*, o Instagram conta com outras alternativas para veiculação dos anúncios. A primeira maneira de anunciar no Instagram é através dos *stories*, onde o anúncio funciona como os intervalos comerciais feitos na televisão, aqui, no intervalo entre a transmissão dos *stories* de uma pessoa para o de outra, são mostrados vídeos de curta duração, que podem conter apenas palavras, animações ou vídeos, podendo ser interativos, onde há a possibilidade de se conectar ao site da marca para mais informações. As outras maneiras são as que também são utilizadas nos *publiposts*, como fotos e vídeos.

O Instagram também permite, através do Instagram Ads, que empresas façam o papel de uma agência especializada em marketing e tracem estratégias para as ações que serão feitas no aplicativo. Com esse dispositivo é permitido apontar qual público deseja-se alcançar e, a partir disso, definir qual as modalidades de publicidades no Instagram serão utilizadas, data e horário que serão expostas e qual o orçamento disponível para a campanha⁵⁶.

1.7 INFLUENCIADORES DIGITAIS

Apesar do termo “influenciadores” ter ganhando força nos últimos anos, em função do nascimento das figuras que surgiram através das redes sociais e alcançaram o sucesso entre a população. A utilização de pessoas como uma forma publicitária de engajar a venda de produtos remonta ao tempo da antiguidade.

⁵⁵Relatório final pesquisa telefônica – redes sociais (fev 18). Disponível em: <http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/relatorio-final-pesquisa-telefonica-redes-sociais-fev-18/view> Acessado em 18 de agosto de 2019.

⁵⁶XAVIER, Thiago. **Instagram Ads: aprenda como anunciar no instagram e conquiste resultados incríveis**. Disponível em: <https://rockcontent.com/blog/instagram-ads/> Acessado em 18 de agosto de 2019.

Malanga diz em seu texto⁵⁷ que na Grécia Antiga eram usados os grandes oradores para anunciar, dentre outras coisas, produtos, visto que tinham boa oratória e poderiam convencer os demais cidadãos gregos a adquirirem os produtos.

Tal perspectiva de que o uso figuras notáveis para endossar um produto, visto o seu forte apelo com o público, tem como base a teoria dos efeitos limitados⁵⁸.

Com a Internet, houve uma novidade quanto a quem exerce a influência perante o consumidor⁵⁹, agora é ele quem decide o que irá consumir⁶⁰, quais ideia vai endossar e, não mais, necessariamente, segue o que está sendo recomendado nos tradicionais meios de comunicação⁶¹⁶².

O termo “influenciadores” ganhou notoriedade nos últimos anos em decorrência na nova modalidade de celebridades que surgiram: aquelas advindas da Internet. Em geral, são pessoas comuns, que não tinham qualquer vínculo com outros meios de comunicação pelos quais fosse possível alcançar a notoriedade e, que através das redes sociais, passaram a compartilhar sua vida, seus gostos, seus trabalhos, com isso acumularam milhares de espectadores que têm interesse ou apreço pelo conteúdo gerado⁶³. Todavia, não se pode

⁵⁷MALANGA, Eugênio. **Publicidade: uma introdução**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1979, p.16.

⁵⁸ A teoria dos efeitos limitados pode ser entendida como: A mídia teria um efeito limitado ao tentar persuadir as pessoas, uma vez que representaria apenas um, entre vários outros aparelhos ideológicos, como a igreja, a família, os sindicatos, os partidos políticos e a escola. Por isso temos observado como a propaganda se apropriou dos discursos produzidos em outras esferas, utilizando como apoio os *apelos às autoridades*, como os artistas, os especialistas médicos e os atletas, que são formadores de opinião em outros espaços de influência social. RABELO, Cláudio. **Faixa preta em publicidade e propaganda: um guia com os novos conceitos, contextos e ferramentas**. Vitória: GSA, 2018, p. 42.

⁵⁹As redes sociais são criadas pelo relacionamento contínuo e duradouro das pessoas e das comunidades que participam e têm um valor intrínseco, pois criam uma enorme rede de propagação de informações. Nelas, cada indivíduo influencia não um grupo de amigos, mas vários grupos de comunidades às quais pertence, com várias pessoas que influenciam outras comunidades, em uma progressão geométrica, que leva ao chamado efeito viral, que multiplica e amplifica qualquer mensagem de interesse coletivo. TORRES, Cláudio. **A bíblia do marketing digital: tudo o que você queira saber sobre marketing e publicidade na internet e não tinha a quem perguntar**. São Paulo: Novatec Editora, 2009, p. 114.

⁶⁰O consumidor é que decide. Ele consome informação, entretenimento e relacionamento de onde desejar, ou seja, da mídia, de um portal, de um blogueiro ou de um amigo no Orkut. TORRES, op. cit, p. 25.

⁶¹Novas tecnologias e aplicações, como os blogs, as ferramentas de busca, os fóruns, as redes sociais e tantas outras aplicações on-line foram utilizadas pelos internautas para, literalmente, assumir o controle, a produção e o consumo da informação, atividades antes restritas aos grandes portais e empresas. TORRES, Cláudio. **A bíblia do marketing digital: tudo o que você queira saber sobre marketing e publicidade na internet e não tinha a quem perguntar**. São Paulo: Novatec Editora, 2009, p. 24.

⁶²As mídias sociais têm um enorme poder formador de opinião e podem ajudar a construir ou destruir uma marca, um produto ou uma campanha publicitária. O consumidor não absorve mais a propaganda de seu produto como antes. Hoje ele verifica na Internet informações sobre seu produto e serviço antes de comprar. E busca essas informações nas experiências de outros consumidores com quem mantém uma relação a partir das mídias sociais. TORRES, op. cit, p. 111.

⁶³Com o tempo, os canais como o Youtube, o Facebook, o Instagram e os blogs, criaram oportunidades para que centenas de novas categorias conseguissem atingir grandes públicos. Professores de inglês, historiadores, médicos, eletricitas, costureiras, churrasqueiros e profissionais da educação física, por exemplo, conseguira expressar seus conhecimentos e dialogar com seguidores, formados até então por desconhecidos, que passaram a se tornar fãs dos

esquecer que as celebridades também continuam com grande poder de influência perante a sociedade.

As primeiras figuras na Internet com essas características foram os blogueiros, que através de seus *blogs*⁶⁴, criavam seu próprio conteúdo relacionando-se com os demais internautas que tinham interesses semelhantes aos assuntos abordados nos *blogs*.

O uso do *digital influencer* como “garoto propaganda” é uma estratégia que os publicitários encontraram de aproximar ainda mais o consumidor do produto, uma vez que por serem pessoas comuns, os seus seguidores tendem a enxergá-los como um amigo, um vizinho, alguém de sua convivência e não como um famoso inalcançável. Esta proximidade que o seguidor sente do *influencer*, o leva a pensar que aquele produto que o influenciador está mostrando em seus vídeos ou fotos é uma recomendação que alguém próximo lhe faria e não que seria uma celebridade empurrando um produto a ser adquirido que ela mesma não consome.

A partir dos ensinamentos de Malanga em que institui caráter oneroso para a publicidade⁶⁵, entende-se que mesmo que a publicidade a princípio chegue para o consumidor como sendo gratuita e haja um acerto prévio entre a agência publicitária e o cliente, a publicidade só tem êxito, quando leva o público alvo a adquirir o objeto da peça publicitária. Assim, é de suma importância que sejam escolhidos os meios apropriados para que a mensagem seja potencializada.

Em decorrência dessa lógica, fica claro o motivo pelo qual os influenciadores digitais bem como o aplicativo do Instagram são, atualmente, elegidos pelas marcas e pelos publicitários como forma de pagar a publicidade. Em recente pesquisa feita pela QualiBest, 73% dos entrevistados afirmaram que fizeram a aquisição de um produto baseado nos comentários feitos por um influenciador, outros dados interessantes dessa pesquisa são de que 55% das pessoas buscam a opinião do *influencer* antes de comprar um produto e que 86% souberam da existência de um produto por causa do influenciador⁶⁶.

conteúdos nada convencionais nas mídias tradicionais. RABELO, Cláudio. **Faixa preta em publicidade e propaganda: um guia com os novos conceitos, contextos e ferramentas**. Vitória: GSA, 2018, p. 95.

⁶⁴Assim como enuncia Torres: Os blogs consistem na primeira grande revolução na Internet, por geraram uma grande mudança na forma como buscamos e usamos o conteúdo na rede. TORRES, op. cit, p. 41).

⁶⁵A publicidade tem um fim essencialmente lucrativo e é paga pelo produto. A propaganda é paga pelo Estado, pelos organismos oficiais ou particulares, mas é gratuita para o indivíduo. MALANGA, Eugênio. **Publicidade: uma introdução**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1979, p.12.

⁶⁶**Quem são os maiores influenciadores digitais do Brasil?**. Disponível em: <https://www.institutoqualibest.com/comportamento/os-maiores-influenciadores-digitais/>. Acessado em 3 de outubro de 2019

2. A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE

Como visto anteriormente, a publicidade é responsável por levar a população à aquisição de produtos ou serviços, porém, é possível que sejam utilizados métodos antiéticos, como a publicidade clandestina e subliminar, por exemplo, para fazer com que o objetivo central da publicidade seja de fato alcançado.

Pensando nesses possíveis danos ou prejuízos que os consumidores podem ter, em razão de maneiras incorretas de se fazer uma publicidade, foi necessário regular a publicidade para que tais modalidades se tornassem ilícitas e aqueles participantes das relacionadas publicidades pudessem ser responsabilizados e as vítimas corretamente indenizadas.

2.1 O SISTEMA MISTO DE REGULAÇÃO

As primeiras preocupações com a regulamentação da publicidade não visavam à proteção do consumidor e sim a proteção dos profissionais do ramo e, posteriormente, do mercado. Assim, os primeiros regramentos que tratavam da publicidade visavam a salvaguarda da liberdade econômica e livre iniciativa.

Os trabalhos em busca da sistematização das condutas referentes à publicidade tiveram início na área privada, com os próprios publicitários do meio se reunindo, em 1957, para estabelecer um código de ética da profissão⁶⁷.

Avançando nas discussões sobre os rumos da publicidade, em 1978, foi criado o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Este foi o primeiro código brasileiro a tratar, especificamente, da publicidade no país, contudo, ele apresentava caráter privado. As sanções impostas a quem infringisse as normas do código não seriam proferidas pelo judiciário e sim por um órgão privado, devido a aversão que existia em levar ao judiciário problemáticas envolvendo a publicidade⁶⁸.

⁶⁷ Buscando o caminho para auto-regulamentação, os publicitários brasileiros reuniram-se em 1957, no Rio de Janeiro, no I Congresso Brasileiro de Propaganda, e aprovaram um *código de ética*. JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 11.

⁶⁸ Sobre a aversão dos publicitários à regulamentação da publicidade, importante comentário de Jacobina a respeito: O raciocínio é imperfeito. De fato, a auto-regulamentação não exclui e não está excluída pela lei. Da mesma forma que a existência de auditorias internas nas empresas não excluem a necessidade de existirem auditores fiscais estatais, e que um médico que comete um homicídio culposo por imperícia profissional não está livre de responder

Até a criação do Código de Defesa do Consumidor em 1990, a regulação da publicidade estava restrita à esfera privada feita pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Somente após a criação do CDC, o sistema de controle da publicidade passou a ser misto, contando, com a esfera pública, através do judiciário.

Portanto, após o nascimento do CDC, a regulamentação da publicidade é entendida como um sistema misto⁶⁹, uma vez que possui duas vias que podem ser acionadas em caso de desrespeito aos preceitos éticos e da boa-fé, uma via privada, representada pelo CBAP e pelo CONAR e uma esfera pública, representada pelo CDC e pelo Poder Judiciário.

Apesar de não ter o caráter vinculante, segundo o CONAR, mais de nove mil casos já foram julgados pelo Conselho⁷⁰, além disso, dos casos julgados, inúmeros obtiveram resoluções satisfatórias, sem a necessidade de adentrar na seara pública.

Ainda, o próprio Estatuto Social do CONAR, define em seu art. 61 que o controle da publicidade é feito no país, através de um sistema misto, no qual o CBAP pode ser utilizado subsidiariamente nas ações impetradas no judiciário. Isto posto, entende-se que ambos os meios e códigos convivem harmoniosamente e podem ser utilizados simultaneamente⁷¹.

2.2 CÓDIGO BRASILEIRO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA

Desde as primeiras ações para instituir orientações sobre a publicidade, o Estado não estava envolvido, as iniciativas foram sempre da esfera privada, com a participação dos membros do setor. A razão pela preferência na autorregulamentação tem base no regime

perante o seu conselho profissional quanto perante o Poder Judiciário. São instâncias de controle *autônomas e independentes*. JACOBINA, op. cit, p. 28.

⁶⁹Vale apontar posicionamento contra de Pasqualotto a respeito da tese de que o sistema de regulação da publicidade no Brasil é misto: Não parece correta a afirmação de que temos uma regulamentação mista: parte pelo Estado, parte auto-regulamentada. As normas do CONAR, como se viu, são de caráter inteiramente privado. Portanto, não são aptas para a produção de efeitos jurídicos perante terceiros. O aparecimento da regulamentação estatal, de caráter imperativo, ocupou inteiramente o espaço antes deixado livre à autonomia privada. O estatuto do CONAR é contratual, e a lei não deixou margem alguma para a regulamentação privada dessa matéria. PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade - no código de defesa do consumidor [livro eletrônico]**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

⁷⁰CONAR. Página Inicial. Disponível em: <http://www.conar.org.br> Acessado em: 20 de agosto de 2019.

⁷¹Finalizando a discussão a respeito da regulamentação da publicidade ser ou não um sistema misto, temos as palavras de Lúcia Dias: O sistema de controle da publicidade pode ocorrer de forma privada, por meio da autorregulamentação da atividade pelos próprios agentes do mercado, ou por meio do Estado, hipótese em que incumbe a este a promulgação das normas que regem a atividade e a sua fiscalização, ou ainda de forma mista, no qual esses dois sistemas convivem perfeitamente. DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães **Publicidade e direito (ebook)** .3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ditatorial vivido no Brasil no século XX. A regulação feita pelo Estado poderia abrir precedente para a ocorrência de censura das peças publicitárias, visto que demais formas de arte já sofriam da repressão do período.

Em decorrência desse contexto, em 1978, no III Congresso Brasileiro de Propaganda, anunciantes, responsáveis por agências e pelos veículos de comunicação⁷², aprovaram a criação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em resposta a tentativa de regulação da publicidade proposta pelo governo brasileiro⁷³.

Importante notar que a ideia da criação do código se deu com a preocupação da censura aos profissionais e meios de comunicação e não com a necessidade da proteção do consumidor, perante as centenas de anúncios publicitários persuasivos, que estes eram expostos, diariamente, inclusive por pessoas consideradas hipervulneráveis, como as crianças e adolescentes.

O art. 8 do CBAP que esclarece que o código tem a finalidade de compilar as normas éticas a respeito da publicidade, ou seja, como devem se comportar, anunciantes e veículos, por exemplo.

Apesar de que sua ideia inicial era a de autorregulamentação, para que não houvesse qualquer ligação com o poder público, o próprio código admite em seu art. 16 que ele pode ser usado futuramente tanto como fonte de inspiração para futuras legislações ou pelo poder judiciário como fonte subsidiária.

O CBAP traz princípios próprios para reger a publicidade, são eles: a respeitabilidade, decência, honestidade, apresentação verdadeira, identificação publicitária

Para o estudo da publicidade oculta é necessário frisar os princípios da honestidade e da identificação publicitária. O primeiro está presente no art. 23 que diz que "Os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade." Logo, a utilização de influenciadores digitais para difundir a mensagem na forma clandestina é uma afronta a este princípio na medida em que é suposto que o seguidor tem confiança nos discursos do influenciador sobre os produtos que esse mostra em suas publicações, pois pensa que aquilo é

⁷²CONAR. Página Inicial. Disponível em: <http://www.conar.org.br> Acessado em: 20 de agosto de 2019.

⁷³ O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária nasceu de uma ameaça ao setor: no final dos anos 70, o governo federal pensava em sancionar uma lei criando uma espécie de censura prévia à propaganda. Se a lei fosse implantada, nenhum anúncio poderia ser veiculado sem que antes recebesse um carimbo "De Acordo" ou algo parecido. A criação do departamento para controle da publicidade exigiria a contratação de algumas centenas de funcionários. As implicações burocráticas seriam inimagináveis ainda assim desprezíveis diante do retrocesso que tal controle representaria para um país que reconquistava a duras penas seu direito à liberdade de expressão. CONAR. Página Inicial. Disponível em: <http://www.conar.org.br> Acessado em: 20 de agosto de 2019.

uma opinião e não uma tentativa de venda de produtos e também confia na sinceridade do influenciador para admitir que determinada publicação é na verdade um anúncio.

A identificação publicitária está presente no art. 28 e diz "O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação.". Aqui fica claro que a natureza de uma publicidade velada vai contra o princípio da identificação publicitária. Ainda, pertinente à identificação publicitária se tem o art. 30 *in verbis*:

"A peça jornalística sob a forma de reportagem, artigo, nota, texto-legenda ou qualquer outra que se veicule mediante pagamento, deve ser apropriadamente identificada para que se distinga das matérias editoriais e não confunda o Consumidor."

O CBAP também trata da responsabilidade que anunciantes, veículos e agências devem ter perante a veiculação dos anúncios⁷⁴. Já o art. 50 traz as infrações que podem ser aplicadas a quem descumprir as normas do código e não agir diante da ética esperada, não é previsto nenhuma pena pecuniária ou infração penal, por exemplo, no CBAP, as infrações têm caráter disciplinar⁷⁵.

2.3 CONAR

⁷⁴ Art. 45 A responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas neste Código cabe ao Anunciante e a sua Agência, bem como ao Veículo, ressalvadas no caso deste último as circunstâncias específicas que serão abordadas mais adiante, neste Artigo: **a.** o Anunciante assumirá responsabilidade total por sua publicidade; Art. 47 A responsabilidade na observância das normas deste Código abrange o anúncio no seu conteúdo e forma totais, inclusive testemunhos e declarações ou apresentações visuais que tenham origem em outras fontes. O fato de o conteúdo ou forma serem originários, no todo ou em parte, de outras fontes, não desobriga da observância deste Código. BRASIL. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (1978)**. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php> Acessado em: 20 de agosto de 2019.

⁷⁵ Art. 50 Os infratores das normas estabelecidas neste Código e seus anexos estarão sujeitos às seguintes penalidades: **a.** advertência; **b.** recomendação de alteração ou correção do Anúncio; **c.** recomendação aos Veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio; **d.** divulgação da posição do CONAR com relação ao Anunciante, à Agência e ao Veículo, através de Veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas. BRASIL. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (1978)**. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php> Acessado em: 20 de agosto de 2019.

O CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária) foi criado, em 1980, logo após o nascimento do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária com intuito de defendê-lo e aplicá-lo⁷⁶⁷⁷, em razão do temor pela censura recorrente no período. Assim, o CONAR não é um órgão estatal, desde sua criação, é privado, sem qualquer interferência do Estado. Todavia, o próprio Estatuto Social do CONAR prevê em seu art. 3 que "O CONAR rege-se pelas leis do País, por este estatuto e pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, cujos princípios são de obediência obrigatória para todos os seus associados.", dessa forma, apesar de ser um órgão privado, é devido obediência ao ordenamento jurídico nacional.

O CONAR é formado pela Assembléia Geral Diretoria, Conselho Superior, Conselho Fiscal e pelo Conselho de Ética⁷⁸.

O Conselho de Ética é o principal órgão responsável por cumprir os objetivos iniciais do CBAP, é neste órgão que são apuradas as eventuais infrações ao código de autorregulamentação⁷⁹.

Além desse papel de guardião do CBAP e da aplicação das demais sanções presentes no art. 50, o art. 5 do Estatuto Social do CONAR, informa quais as outras finalidades delegadas ao órgão⁸⁰.

⁷⁶CONAR. Página Inicial. Disponível em: <http://www.conar.org.br> Acessado em: 20 de agosto de 2019.

⁷⁷Segundo Jacobina sua criação foi: "próximo passo para afastar do Poder Judiciário o conhecimento das lides publicitárias. JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro : Forense, 1996, p. 15.

⁷⁸O Conselho Superior do Conar é a instância máxima da entidade. E ele quem elege a diretoria. O Conselho de Ética é formado por indicados pelas entidades fundadores ou aderentes e também pessoas convidadas pela diretoria, casos dos representantes da sociedade civil, por exemplo. CONAR. Página Inicial. Disponível em: <http://www.conar.org.br> Acessado em: 20 de agosto de 2019.

⁷⁹O Conar atende a denúncias de consumidores, autoridades, dos seus associados ou ainda formuladas pela própria diretoria. Feita a denúncia, o Conselho de Ética do Conar - o órgão soberano na fiscalização, julgamento e deliberação no que se relaciona à obediência e cumprimento do disposto no Código - se reúne e a julga, garantindo amplo direito de defesa ao acusado. Se a denúncia tiver procedência, o Conar recomenda aos veículos de comunicação a suspensão da exibição da peça ou sugere correções à propaganda. Pode ainda advertir anunciante e agência. O Conselho de Ética está dividido em oito Câmaras, sediadas em São Paulo, Rio, Brasília, Porto Alegre e Recife e é formado por 180 conselheiros, entre efetivos e suplentes, recrutados entre profissionais de publicidade de todas as áreas e representantes da sociedade civil. Não participam do Conselho pessoas investidas em cargos públicos por nomeação ou eleições, bem como candidatos a cargo eletivo em qualquer nível. Todos trabalham para o Conar em regime voluntário. CONAR. Página Inicial. Disponível em: <http://www.conar.org.br> Acessado em: 20 de agosto de 2019.

⁸⁰ São finalidades do CONAR: **I.** zelar pela comunicação comercial, sob todas as formas, fazendo observar as normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, as quais prevalecerão sobre quaisquer outras; **II.** funcionar como órgão judicante nos litígios éticos que tenham por objeto os conteúdos publicitários ou questões a eles relativas; **III.** oferecer assessoria técnica sobre ética publicitária aos seus associados, aos consumidores em geral e às autoridades públicas, sempre que solicitada; **IV.** divulgar os princípios e normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, visando a esclarecer a opinião pública sobre a sua atuação regulamentadora de normas éticas aplicáveis à publicidade comercial, assim entendida como toda a atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos e ideias; **V.** atuar como instrumento de concórdia entre anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação e salvaguarda de seus interesses legítimos e dos consumidores, podendo promover tentativas de conciliação antes ou durante a tramitação de

2.4 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Até 1990, as únicas maneiras de defesa perante as publicidades eram através do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, dos dispositivos na constituição que condenavam as publicidades enganosas e abusivas, bem como defendia o consumidor (art. 5º, XXXV) e outros regramentos como, por exemplo, o Código Comercial de 1850, porém ele tratava somente da publicidade enganosa, através dos vícios redibitórios,⁸¹ o Decreto 24.507 que proibia a publicidade enganosa, Lei 4.680/65 que regulamenta a profissão dos publicitários, o Decreto 57.690/66 que trata de veículos, anunciantes e publicitários, o inciso VII do art. 3 da Lei 1.521/51 que trata sobre as afirmações feitas em anúncios de compra e venda de títulos, quotas e ações, o inciso III do art. 50 da Lei 6.766/79 sobre os anúncios feitos sobre o solo urbano e o art. 8 da Lei nº 7.802/89 que trata de publicidades referentes à agrotóxicos. Na esfera penal, na Lei de Contravenções Penais em seu art. 20 discorre sobre anúncios sobre a realização de aborto.

Recorda-se que a prioridade até então não estava da defesa do consumidor como prioridade e sim na defesa do mercado e dos profissionais da área⁸². Somente a partir da Constituição Federal de 1988 é que, definitivamente, em que se trata da proteção ao consumidor no art. 5º, XXXII, ainda, o Estado pensa na proteção do consumidor como um direito a ser

representações éticas; VI. promover a liberdade de expressão publicitária e a defesa das prerrogativas constitucionais da propaganda comercial. BRASIL. **Estatuto Social do CONAR**. 2018. Disponível em: <http://www.conar.org.br/pdf/estatuto-social-conar.pdf>. Acessado em: 20 de agosto de 2019.

⁸¹A questão dos vícios redibitórios, era a única forma de proteção do consumidor contra a publicidade enganosa; como foi dito é um meio *pós-contratual*, efêmero. JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 37.

⁸²Antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, os riscos do consumo corriam por conta do consumidor. Falava-se até na *aventura do consumo*, porque consumir, em muitos casos, era realmente uma aventura. O fornecedor se limitava a fazer a chamada *oferta inocente*, e o consumidor, se quisesse, que assumisse os riscos dos produtos consumidos. Não havia legislação eficiente para proteger os consumidores contra os riscos do consumo. Antes, pelo contrário, havia inúmeros obstáculos jurídicos para se chegar à responsabilização do fornecedor. Ele só respondia por culpa, e culpa provada, e esta era uma espécie de couraça que tornava o fornecedor irresponsável. A reparação dos danos sofridos pelo consumidor só podia ser obtida pela via indireta – responsabilidade pelo fato de outrem ou da coisa –, por não se admitir nenhuma relação jurídica direta entre o fornecedor e a vítima. Por força dos princípios contratuais, o comprador não tinha ação direta contra o fabricante. Para o produtor, a relação de consumo era *res inter alios acta* em face do princípio da relatividade dos contratos. Podia o consumidor acionar o comerciante vendedor, mas este, com base no princípio *nenhuma responsabilidade sem culpa*, defendia-se com extrema facilidade. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 592.

tutelado⁸³, relacionando em suas disposições transitórias sobre a necessidade de normatizar regras específicas de proteção ao consumidor.

O principal regulamento era o CBAP, entretanto, além desta consolidação visar a proteção da concorrência e da profissão primariamente e não se dirigir a defesa do consumidor, as normas não tinham força legal, vinculante ou repressiva⁸⁴⁸⁵⁸⁶⁸⁷.

Essa falta de força normativa fica clara quando se analisam as decisões do CONAR. Em setembro, foi julgado o caso da marca Blow Gummies, em que a publicidade foi feita pela influenciadora Carol Peixinho. A decisão do CONAR foi pela sustação da publicidade em razão da não identificação e, também por se tratar da publicidade de um medicamento que não teria regularização na ANVISA⁸⁸. Entretanto, a publicidade continua no Instagram da influenciadora:

⁸³ A proteção do consumidor pelo Estado nasce nos Estados Unidos, e o marco do movimento legislativo em favor do consumidor está na mensagem do Presidente Kennedy ao Congresso americano no dia 15 de março de 1962, na qual ele define quatro direitos básicos do consumidor: o direito à segurança, o direito à informação, o direito à escolha e o direito de ser ouvido. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.50.

⁸⁴A despeito da inegável importância do Conar, inclusive para a proteção dos direitos dos consumidores, tendo em vista a agilidade de suas decisões, não podemos ignorar que, como entidade privada, não exerce “poder de polícia” para multar os anunciantes e/ou fiscalizar a colocação de produtos e serviços no mercado. O controle exclusivamente autorregulamentar mostra-se, assim, insuficiente para a efetiva defesa dos consumidores, verificando-se a melhor tutela no sistema misto, que no Brasil somente se tornou eficaz com o controle estatal exercido a partir da promulgação do Código de Defesa do Consumidor. DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães **Publicidade e direito (ebook)**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁸⁵Dessa forma, as regras contidas no CBAP são suficientes para a repressão ética dos anunciantes que realizam anúncios clandestinos em qualquer tipo de mídia, entretanto o que se deve indagar é a efetiva repressão a tal forma de publicidade. DEL MASSO, Fabiano. **Direito do consumidor e Publicidade Clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 132.

⁸⁶Além disso, as sanções que podem ser estabelecidas pelo autoregulamentação têm cunho simplesmente *admoestatório*, indo da *advertência à divulgação pública da posição de repúdio do Conar com respeito ao anunciante, à agência e ao veículo* (art. 62 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária). Ora, imaginar que alguém que visasse a promover uma campanha publicitária fraudulenta, capaz de render rapidamente uma fabulosa quantia de dinheiro, iria deter-se por temor a tais sanções é, no mínimo, *pueril*. JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 29.

⁸⁷Outro problema em relação às decisões do CONAR foi definido por Lúcia Ancona: crítica que se coloca ao controle exclusivamente privado se dá justamente pelo fato de as decisões do Conar só obrigarem os signatários de tal sistema de controle, não vinculando todos os agentes do mercado. Suas normas éticas, como dissemos, não são normas jurídicas, faltando-lhes o caráter de generalidade e coercitividade que somente a lei e os atos estatais possuem. DIAS, op. cit.

⁸⁸CONAR. Página Inicial. Disponível em: <http://www.conar.org.br> Acessado em: 20 de agosto de 2019.



Figura 1. Influenciadora Carol Peixinho fazendo publicidade do produto Blow Gummies.

A ideia da autorregulamentação vem do medo que os publicitários da época tinham de uma eminente censura⁸⁹ e, por isso, optaram por um código sem qualquer influência estatal e, assim, acarretou na falta de força legal desse dispositivo. Apesar desse receio, deve-se admitir para fins de regulação, que a publicidade vai além do trabalho artístico empregado, ela também

⁸⁹A grande discussão sobre a aversão que os publicitários tinham a respeito da regulação de seu trabalho estava no medo de ter sua liberdade de criação cerceada, como a liberdade é tema central tanto pra se discutir o risco de censura, alegado pelos publicitários, quanto a análise que deve ser feita entre a liberdade artística e livre concorrência. É fundamental apontar o conceito de liberdade: Segundo a concepção kantiana o pressuposto da liberdade é a autonomia da vontade. Esta existirá quando o sujeito não se deixar levar pelo mundo sensível, mas, ao contrário, quando possuir força suficiente para agir independente deste. Ou seja, a liberdade é possibilidade do sujeito de livrar-se das inclinações e contingências do mundo sensível. BONAT, Débora; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Reflexões sobre a ponderação do direito de igualdade em face ao princípio da propriedade e da livre iniciativa: um exame da ADI n. 2649/DF**. Revista Quaetio Iuris, vol 09, n. 03, Rio de Janeiro, 2016, p. 1461.

é uma prática comercial⁹⁰ e, por isso, a liberdade artística⁹¹ não deve ser enunciada para a defesa de uma publicidade irrestrita, outros pontos como a proteção do consumidor^{92,93} e a livre concorrência⁹⁴, também, devem ser sopesadas^{95,96,97,98}.

⁹⁰Deve-se centrar o estudo da publicidade mercantil atribuindo relevância ao desenvolvimento da atividade econômica, cerne da atividade empresarial. No Brasil, a atividade de produção de bens e serviços possui delineamentos previstos na Constituição Federal de 1988, que dispõe de uma Ordem Econômica. Assim, deve-se entender a atividade empresarial como atividade de suprimento de necessidades humanas cujo enfoque pode ser produtivo (dado pela economia) e obrigacional (dado pelo direito). O tratamento obrigacional ocorre à medida que o Estado virá a intervir no domínio econômico sob os pressupostos de manutenção de alguns bens constitucionalmente tutelados, como, por exemplo, o ambiente, o consumidor, a concorrência. DEL MASSO, Fabiano. **Direito do consumidor e Publicidade Clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 115.

⁹¹ 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. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União: 05 de outubro de 1988.

Art. 5, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União: 05 de outubro de 1988.

⁹²A proteção do consumidor é vista como um direito fundamental, visto que está disposta no rol do art. 5º do XXXII e, por isso, deve haver especial proteção aos consumidores, conforme ensinamento de Miragem: Por esta razão, colocam-se em posição superior relativamente aos demais preceitos do ordenamento jurídico. MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM; Bruno (org). **Doutrinas essenciais do direito do consumidor [livro eletrônico]**. vol. 2. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2014. Assim, em razão de sua especial posição, não poderia a publicidade, mesmo fundada na liberdade artística e econômica, desrespeitar o consumidor.

⁹³Art. 220. § 3º Compete à lei federal: II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. Constituição Federal. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União: 05 de outubro de 1988.

⁹⁴Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; Constituição Federal. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União: 05 de outubro de 1988.

⁹⁵A partir dessa ideia de que a atividade publicitária não é totalmente irrestrita e que poderia, caso não houvesse regulação, acarretar problemas à livre concorrência e aos consumidores, assim se manifestou Cláudia Lima Marques: Realmente, é possível concluir que a ordem jurídica passou a se interessar por este método comercial de incitamento ao consumo, porque a publicidade, como atividade comercial finalística, pode efetivamente perturbar a ordem e harmonia do mercado, pode violar direitos de informação, de reflexão, de inviolabilidade moral e cultural dos consumidores e, sobretudo, pode causar (sérios e difusos) danos econômicos aos consumidores que confiam na informação veiculada pela publicidade. Sendo assim, tal atividade, tal declaração humana, deve seguir certos parâmetros éticos, atingir certo grau de transparência e lealdade. Para atingir tal intento a ordem jurídica impõe deveres àqueles que se utiliza de tal método, assegura direitos àqueles expostos à publicidade. MARQUES, Cláudia Lima. Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do código de defesa do consumidor. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM; Bruno (org). **Doutrinas essenciais do direito do consumidor**. vol. 3, 1 ed, São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2014, p. 21.

⁹⁶Quando dois ou mais direitos ou princípios tratam, divergentemente, sobre o mesmo assunto, por exemplo, no caso da regulação da publicidade, em que de um lado está a liberdade artística e do outro estão a livre concorrência e proteção do consumidor, não há que se dizer que um dos dois lados está errado, mas que a depender da situação, deve haver uma ponderação para alguns dos lados em busca da uma melhor e mais justa proteção. Em relação a necessidade de ponderação dentro do direito, indispensáveis pontos apresentados por Bonat e Hartmann: A lei acima, chamada por Alexy lei de colisão, é um dos fundamentos da teoria dos princípios. Tal teoria, em bases compatíveis e convergentes com uma teoria de direitos fundamentais, pode apresentar como resultados do sopesamento normas de direito fundamental atribuídas. Partindo da lei de colisão e do sopesamento, na construção

Como visto, as normas que tratavam acerca da publicidade como o Código Comercial e o CBAP visavam a proteção da concorrência e dos profissionais. O Código de Defesa do Consumidor veio para proteger o consumidor das publicidades⁹⁹. Até então o consumidor não contava com mecanismos de defesa, seja porque o CBAP não tinha força normativa ou porque o Código Comercial distribuía o ônus da prova ao consumidor¹⁰⁰¹⁰¹¹⁰².

de um modelo de análise de decisões judiciais, podem-se indicar três etapas. A primeira delas consistiria na identificação dos princípios contraditórios ou valores constitucionais em rota de colisão no caso concreto em questão. Em uma segunda etapa, estariam as identificações das configurações típicas do caso e as condições de precedência, isto é, nas observações em que um ou outro princípio teria precedência. Essa etapa é, provavelmente, a mais sensível no sopesamento, pois a identificação das condições de precedência não pode ser feita através de simples opiniões, mas deve corresponder a um resultado submetido às regras e formas apresentadas pela teoria da Argumentação Jurídica. Na terceira etapa, a identificação das escolhas das condições de maior peso, que importaram no resultado decisório. Dessa forma, numa eventual avaliação, seria possível identificar o grau de coerência entre as etapas e os possíveis níveis de justificação das opções decisórias. Para isso, também é importante compreender o significado de proporcionalidade. BONAT, Débora; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Reflexões sobre a ponderação do direito de igualdade em face ao princípio da propriedade e da livre iniciativa: um exame da ADI n. 2649/DF**. Revista Quaetio Iuris, vol 09, n. 03, Rio de Janeiro, 2016, p. 1469-1470.

⁹⁷A publicidade, forma de manifestação de pensamento, criação, expressão de atividade intelectual, artística, de comunicação e informação, é, a princípio, livre, porém essa liberdade não é absoluta. Ela tem seus limites em outros dispositivos da Carta Magna ou em leis infraconstitucionais por ela previstas, sempre com o objetivo de preservar a justiça social e a dignidade do ser humano. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 86.

⁹⁸Pode-se atribuir as consequências da atividade publicitária ilícita a dois destinatários em específico. Em primeiro plano, a publicidade ilícita pode ser uma prática de deslealdade concorrencial, tendo como sujeito passivo o concorrente do empresário que divulga anúncios ilícitos. Em segundo plano, os consumidores destinatários das mensagens veiculadas na mídia e, de forma geral, toda a sociedade, em razão da influência que pode exercer a publicidade na criação de valores, preconceitos etc. Este último aspecto envolve outras disposições constitucionais que não apenas a proteção da concorrência e do consumidor, mas também valores culturais, a infância e a juventude, a dignidade humana, a família e, principalmente, a liberdade. Conclui-se, pois, que o direito à comunicação é garantido constitucionalmente ao empresário na prática publicitária; mesmo assim, tal direito será limitado em razão da tutela de outros bens jurídicos mais importantes do que a liberdade de comunicação. DEL MASSO, Fabiano. **Direito do consumidor e Publicidade Clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 116.

⁹⁹Nas palavras de Del Masso: No ordenamento nacional, o Código de Defesa do Consumidor representa a principal norma que impõe sanções à atividade publicitária. DEL MASSO, op. cit, p. 118.

¹⁰⁰JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 37.

¹⁰¹Enfim, o ordenamento jurídico encontra respaldo constitucional suficiente para impor limites à atividade publicitária das empresas. Os fundamentos primordiais constitucionais encontram-se na proteção dada aos consumidores e também na proteção do direito à liberdade de escolha. DEL MASSO, op. cit, p. 123.

¹⁰²A incidência do CBAP envolve todo e qualquer anúncio, o que inclui atividades não-empresariais. Assim, a tutela dos consumidores contida nas regras dispostas na Lei nº8.078/1990 não se confunde com a intenção do CBAP. O objeto de análise do Código de Defesa do Consumidor é a comunicação realizada por um fornecedor de mercadoria ou serviços cujo interesse é promovê-los em face de um destinatário final que poderá adquiri-los. Portanto, o objeto de análise no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor é muito mais restrito. O Código Brasileiro de Auto-regulação Publicitária elege como objeto todo e qualquer anúncio, que no caso representa materialmente algo mais amplo, enquanto a lei consumerista está disposta a trazer consequências à atividade publicitária cujo anúncio seja simulado, enganoso ou abusivo. DEL MASSO, op. cit, p. 131.

O Código de Defesa do Consumidor apresenta em seu art. 4º os princípios atinentes à política nacional das relações de consumo¹⁰³. Dentre esses princípios é necessário destacar o princípio da vulnerabilidade do consumidor, da boa fé¹⁰⁴, educação e informação.

O princípio da vulnerabilidade do consumidor é o ponto de partida para defender o consumidor das práticas comerciais. Assumir que o consumidor é vulnerável é dizer que este não tem as mesmas forças, objetos ou conhecimento necessários para caracterizar a igualdade nas relações jurídicas ou nas ações litigiosas, assim, dar ao consumidor a característica de vulnerabilidade é uma forma de igualar o poder entre as partes. Na Internet, o consumidor também é entendido como vulnerável, porém, em decorrência das peculiaridades da Internet, sua vulnerabilidade assume novo aspecto¹⁰⁵.

Importante ressaltar que no CDC a vulnerabilidade é entendida como absoluta, ou seja, não pode ser refutada por prova. Na lei 8.078/90 ela pode ser caracterizada pela inversão do ônus da prova¹⁰⁶.

¹⁰³Guimarães destaca que a política nacional das relações de consumo dá ensejo ao: respeito à dignidade dos consumidores, a proteção dos seus interesses econômicos, a transparência e a harmonia das relações de consumo. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 52.

¹⁰⁴Ainda sobre o princípio da boa-fé, necessárias as palavras de João Pedro Leite Barros: Na concretização de valores subjacentes à boa-fé, os deveres peculiares de proteção, informação e lealdade ganham especial relevância porque buscam reverberação na tutela da confiança legítima ou até mesmo na materialidade jurídica. BARROS, João Pedro Leite. **Social damages – portuguese and brazilian perspectives**. In: MIRANDA GONÇALVES, Rubén, VEIGA, Fábio da Silva e MAGALHÃES, Maria Manuela (editores). *Derecho, gobernanza e innovación: dilemas jurídicos de la contemporaneidad en perspectiva transdisciplinar*. Porto: Universidade Portucalense, 2017, p. 28.

¹⁰⁵Realmente, essa comunicação facilitada pela internet determina maior vulnerabilidade daqueles que se comunicam. Entre eles, encontram-se os consumidores (usuários), que se relacionam com fornecedores de produtos e serviços celebrando contratos, vinculando-se pela internet, que é um novo e poderoso ambiente de relacionamento interpessoal. É o que se denomina de *vulnerabilidade informacional*, que é a vulnerabilidade básica do consumidor, intrínseca e característica desse papel na sociedade. Hoje, a *vulnerabilidade informacional* merece atenção especial, uma vez que, na sociedade atual, a aparência, a confiança, a comunicação e a informação são de grande importância para o sucesso das transações. Nosso mundo de consumo é cada vez mais visual, rápido e de risco, daí a importância da informação em todos os países. Efetivamente, o que caracteriza o consumidor é o seu déficit informacional, pelo que não seria necessário frisar esse *minus* como uma espécie nova de vulnerabilidade, uma vez que já estaria englobado como uma espécie de vulnerabilidade técnica ou fática. Hoje, porém, a informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, no mais das vezes, desnecessária, limitada ou conseguida somente após se vincular com um *click*. MARQUES, Cláudia Lima; KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Os direitos do Consumidor e a regulamentação do uso da internet no Brasil: convergência no direito à informações claras e completas nos contratos de prestação de serviços na internet. p. 472-473. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014. P. 469-517. https://www.academia.edu/33555051/MARQUES_Claudia_Lima_KLEE_Antonia_Esp%C3%ADndola_Longoni_Consumidor_e_Internet. Acessado em: 23 de novembro de 2019.

¹⁰⁶Importante corolário desse princípio é a *inversão do ônus da prova em favor do consumidor*, elencado como direito básico seu na alínea VIII do art. 6º do CDC, e como *princípio específico*, em matéria publicitária, no art. 38. É de anotar, porém que, enquanto princípio genérico, a inversão do ônus da prova subordina-se aos requisitos da *verossimilhança* das alegações ou da *hipossuficiência* do consumidor, mas enquanto *princípio específico* e matéria publicitária ele é *absoluto, ao menos nos processos não-criminais*. JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 63.

Em relação à hipossuficiência do consumidor é imperioso entender que dentro do CDC, a hipossuficiência e a vulnerabilidade não são sinônimos, enquanto a hipossuficiência tem ligações com as questões econômicas, a vulnerabilidade vai além e classifica a falta de conhecimentos técnicos e jurídicos também como questão de inferioridade do consumidor perante o fornecedor, além disso a hipossuficiência é relativa e deve ser provada, já a vulnerabilidade é tida como absoluta. Nas questões ligadas à publicidade, a inversão do ônus da prova é absoluta¹⁰⁷¹⁰⁸.

Ainda sobre o princípio da vulnerabilidade, Guimarães traz a ideia de que a vulnerabilidade e a hipossuficiência estariam ligadas ao princípio da harmonia, segundo ele. O princípio da autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda*¹⁰⁹, presente nos contratos civis, poderiam ser viciados com, por exemplo, técnica de publicidade dissimulada, já que o consumidor pode acreditar, no caso dos *publipost*, se tratar de um opinião ou recomendação de quem, realmente, testou os produtos e não de alguém que somente foi contratado para tecer comentários sobre algo que nunca usou e, em decorrência de não ter domínio sobre as técnicas publicitárias, acaba tendo sua vontade viciada quando vai adquirir o produto. Por isso, o princípio da harmonia, reforçaria a necessidade de proteção do consumidor pela legislação, visto que não apresenta igualdade com fornecedores e anunciantes¹¹⁰.

O princípio da transparência tem o intuito de deixar claro ao consumidor, parte vulnerável na relação jurídica, sobre todos os aspectos que envolvem a relação contratual pretendida. Com isso, tem-se como um direito e um dever a informação correta ao consumidor¹¹¹, a ele deve ser dado o direito de obter informações sobre o produto, bem como

¹⁰⁷Já foi dito, acima, que a inversão do ônus da prova, em matéria publicitária, é absoluta, diferentemente daquela prevista em termos genéricos, em favor do consumidor, no art. 6º, VIII, do CDC. JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 99.

¹⁰⁸Quanto à questão da inversão, é importante destacar o pensamento de Jacobina, que tal inversão absoluta só deveria ser admitida nos casos de interesse difuso: Entendemos, porém, que a inversão determinada pelo art. 38, de forma especial, para o controle da publicidade, aplica-se somente ao controle *in abstractu*, isto é, à tutela dos interesses *difusos*, não favorecendo ao consumidor que pleiteia a tutela de interesses *individual*. Neste último caso, aplica-se a regra genérica do art. 6, VIII. JACOBINA, loc. cit. Jacobina pontua ainda, nas tutelas de interesse difuso, quais seriam as penas passíveis de aplicação no caso de publicidades irregulares: *a suspensão liminar da publicidade ilícita*, a cominação de *multa (astreintes)* para impedir a veiculação, e a *condenação genérica* nos termos do art. 95 do CDC, revertendo o que não couber aos consumidores individualmente lesados ao fundo criado pelo art. 13 da Lei nº 7.347/85, por mandamento do art. 100 do CDC. JACOBINA, loc. cit.

¹⁰⁹GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 53.

¹¹⁰ Nesses termos e levando em consideração a vulnerabilidade do consumidor, os elementos psicológicos antes desprezados, como as emoções, sentimentos, os impulsos, a pressão, passam a fazer parte do suporte fático das relações de consumo, influenciado assim a validade ou não do negócio. GUIMARÃES, op. cit, p. 78.

¹¹¹Poderemos concluir que haverá ausência dessa informação quando o consumidor for induzido a comportar-se de forma prejudicial a sua saúde ou segurança ou quando nele for gerada falsamente uma expectativa sobre o produto ou serviço, ou ainda quando houver abuso de sua confiança, inexperiência ou ingenuidade. GUIMARÃES, op. cit, p. 83.

os seus direitos perante qualquer vício ou defeito do produto ou serviços e, também, de ser informado de que determinada fala ou texto é, na verdade, uma peça publicitária¹¹²¹¹³.

É imperioso estender essa percepção à relação entre o influenciador e os seus seguidores, para que esses demonstrem sinceridade no conteúdo que transmitem, devendo esclarecer que o produto ou serviço que estão divulgando são na verdade uma publicidade, no qual são remunerados para endossar a marca e que não se trata de uma mera recomendação pessoal.

Para Guimarães, o princípio da lealdade também estaria presente no Código do Consumidor através de alguns artigos, como do parágrafo único do art. 36, que fala sobre a necessidade de informar dados fáticos, o art. 38 sobre a inversão do ônus da prova, o art. 37 sobre publicidades enganosas abusivas¹¹⁴.

O princípio da boa-fé, tem em sua essência, a representação da ética¹¹⁵ como elemento norteador, porém, com a inclusão da boa-fé no âmbito contratual/obrigacional, a boa-fé, agora, destina-se a fazer com que as partes se respeitem, sigam exatamente aquilo que foi pactuado e não tentem empregar artifícios para prejudicar a outra parte. A boa-fé foi, então, dividida em boa-fé subjetiva e objetiva¹¹⁶¹¹⁷. O Código de Defesa do Consumidor positivou a boa-fé objetiva como sendo regra¹¹⁸.

¹¹²A transparência também impõe que a mensagem publicitária seja imediatamente identificada como tal pelos consumidores, vedado o uso de publicidade que oculte a sua natureza comercial. DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães **Publicidade e direito (ebook)**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

¹¹³A informação é uma decorrência do **princípio da transparência** e tem por finalidade dotar o consumidor de elementos objetivos de realidade que lhe permitam conhecer produtos e serviços e exercer escolha consciente. Escolha consciente, por sua vez, propicia ao consumidor diminuir os seus riscos e alcançar suas legítimas expectativas. Mas para tanto, repita-se, é preciso que o consumidor esteja bem informado a ponto de poder manifestar a sua vontade de maneira refletida. Nisso consiste o chamado **consentimento informado**, outro conceito básico do Direito do Consumidor. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 603.

¹¹⁴GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 118-119.

¹¹⁵Já na fase do direito canônico, a boa fé estava ligada diretamente à inexistência de pecado, de atuação ética, ou seja, em contraposição ao sentido de espírito lesivo ou má-fé. Afastou-se do direito obrigacional para se referir a outros ramos do direito, como a prescrição e a família. Nesse momento histórico, a boa-fé subjetivou-se, tornando-se um estado de ciência ou de consciência individual. GUIMARÃES, op. cit, p. 61.

¹¹⁶Na fase napoleônica do direito francês, com base no art. 1.134 do *Code Civil*, surgiu a clássica divisão dada pela doutrina entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. GUIMARÃES, op. cit, p. 61.

¹¹⁷A primeira (boa-fé subjetiva) refere-se, basicamente, ao direito possessório e leva em consideração a intenção do possuidor, ou seja, a crença errônea por parte do possuidor a respeito da propriedade do bem ou de um direito. A segunda (boa-fé objetiva) está ligada ao direito obrigacional, mas precisamente aos contratos, já não havendo aquela limitação do direito romano, no sentido de aplicar a *bonas fides* apenas a alguns tipos de convenção. Seria a boa-fé objetiva a lealdade, o comportamento das pessoas honestas e opor-se-ia ao dolo e à fraude. GUIMARÃES, op. cit, p. 61-62.

¹¹⁸O certo é que as partes devem, mutuamente, manter o *mínimo* de confiança e lealdade, durante todo o processo obrigacional; o seu comportamento deve ser *coerente* com a intenção manifestada, evitando-se o elemento surpresa, tanto na fase de formação, quanto na de execução, e até mesmo na fase posterior, que se pode chamar de *fase de garantia e reposição* (v., por exemplo, o art. 52, parágrafo único, do CDC). É nesse sentido que o

No início, por serem redes sociais, os influenciadores compartilhavam a sua vida falando de produtos que consumiam, dando sua opinião sobre eles. Foi nessa informalidade para tratar dos assuntos, que foram ganhando público. Assim, quando ganham dinheiro para fazer propaganda de algo e não dizem ao consumidor que aquela não é de fato uma opinião pessoal e sim uma publicidade, muitas vezes pode o consumidor incorrer em erro, já que ele sempre teve a confiança de que todos os produtos divulgados são realmente usados no dia a dia pelos influenciadores.

A publicidade é tratada especificamente na seção III, nos arts. 36 a 38, que tratam sobre a identificação publicitária, publicidades abusivas e enganosas e sobre a inversão do ônus da prova.

Além dos princípios elencados no art. 4º do CDC, outros princípios foram positivados ao longo do código, entre eles o princípio da identificação¹¹⁹ ou também chamado por Jacobina de princípio da clareza¹²⁰. Este princípio diz que é necessário que a mensagem seja clara para o receptor, que ele entenda que o que está sendo veiculado tem o propósito de persuadi-lo a adquirir um produto e que esta é, genuinamente, a intenção da mensagem, para que com total consciência, o consumidor possa exercer a sua liberdade de escolha e se convencer ou não pelo anunciado¹²¹¹²².

Este princípio é tão essencial que se encontra presente nos dois sistemas de regulação, no CDC e no CBAP e, também em legislações internacionais como no art. 10 da Diretiva 89/552

princípio da boa-fé foi positivado pelo CDC, no inciso III do art. 4º, e é nesse sentido que a lei fala em *harmonização de interesses e equilíbrio nas relações entre fornecedores e consumidores*. Essa boa fé, revelada pelo comportamento de *lealdade e confiança*, exterioriza-se pela atenção aos deveres de *veracidade, correção, informação e clareza*, que constituem os *princípios diretores* da publicidade comercial. JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p 66.

¹¹⁹De ordem histórica, o dever pré-contratual de informação é consequente da boa-fé, enquanto regra de conduta aplicável às tratativas contratuais, visto que engloba todas as circunstâncias que em concreto possam influenciar a formação do contrato. BARROS, João Pedro Leite. **Social damages – portuguese and brazilian perspectives**, p.19. In: MIRANDA GONÇALVES, Rubén, VEIGA, Fábio da Silva e MAGALHÃES, Maria Manuela (editores). *Derecho, gobernanza e innovación: dilemas jurídicos de la contemporaneidad en perspectiva transdisciplinar*. Porto: Universidade Portucalense, 2017.

¹²⁰JACOBINA, op. cit, p. 67.

¹²¹A primeira implicação ética da comunicação publicitária aparece no cumprimento do dever empresarial de informar, ou melhor, no direito do consumidor de ser informado. Os limites existentes entre o dever exigido e o dever cumprido de informar qualquer interessado na aquisição de produtos ou serviços esbarram nas técnicas de manipulações modernas, criadas pelos profissionais de marketing. Na verdade, o desrespeito às regras éticas na comunicação publicitária inicia-se pelo ocultamento do significado do anúncio divulgado de forma clandestina. Assim, a mensagem publicitária tem como primeira obrigação ética apresentar-se como tal, ou dar indicações para que o receptor a compreenda como tal. A dignidade da publicidade encontra-se, portanto, na identificação do anúncio como publicitário. DEL MASSO, Fabiano. **Direito do consumidor e Publicidade Clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 129-130.

¹²²Esse dever de identificação, ademais de ser legal, deriva de um princípio de lealdade e da boa-fé objetiva. Como se concede ao anunciante a persuasão, exige-se-lhe que não esconda o seu emprego. PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade - no código de defesa do consumidor [livro eletrônico]**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

da União Europeia que diz: A publicidade televisiva deve ser facilmente identificável como tal e nitidamente separada do resto do programa por meios ópticos e/ou acústicos.

Como a publicidade na Internet é nova e diferente dos formatos e veículos já consagrados, ainda falta assimilação de que novas modalidades de publicidade como o *publipost* são um anúncio, por isso, passou-se a usar costumeiramente as *hashtags* *#publi* ou *#ad* para identificar uma publicação como sendo uma publicidade, porém, existem alguns problemas quanto a esse tipo de identificação. O primeiro deles está na localização da identificação, quando os *posts* são feitos através dos *stories*, não está regulamentado, onde deva vir tal identificação, por isso, é comum que eles aparecem na parte de cima ou de baixo, bem como nos cantos, locais de difícil localização, também em tamanho reduzido ou em cores de difícil leitura, já nas postagens, que contém texto, eles costumam vir ao final.

Pensando nisso, o Instagram criou uma ferramenta chamada de "parceria paga" em que toda vez que o usuário faz uma publicidade, ele pode identificá-la dessa maneira. O problema desse formato é que ele não é claramente visível, devido à sua fonte ter um tamanho pequeno e ficar na parte superior do anúncio.

Um segundo problema está na utilização dos termos *#publi* ou *#ad*. O CDC, para objetivos de defesa, entendeu o consumidor como um homem médio¹²³ e, assim, a partir das características desse homem médio é que será feita a proteção¹²⁴. No caso se de utilizar das *hashtags* *#publi* ou *#ad* não está respeitando a proteção do homem médio, uma vez que, se uma pessoa decidir hoje entrar no Instagram pela primeira vez, para ela não fará sentido *#publi*, uma vez que esse termo só é reconhecido por aqueles frequentadores do aplicativo. Além disso, não deve ser baseada uma publicidade apenas em um determinado grupo de pessoas, visto que o seu impacto é perante a coletividade.

Em relação à *hashtag* *#ad*, é ainda mais problemático que *#publ*, já que "ad" é uma abreviação da palavra *advertising*, que significa publicidade em inglês, assim, utilizando-se

¹²³O fornecedor é obrigado a prestar todas as informações sobre o produto ou serviço de maneira clara sem omissões, isto é, a mesma deve ser facilmente assimilada pelo consumidor não deixando dúvida qualquer. Deve ser feita em linguagem simples e compreensível para o homem médio, esclarecedora quanto ao seu uso e os perigos que podem fornecer se a utilização for inadequada. GARCIA, Camila Nicastro. **Publicidade e direito à informação no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-45/publicidade-e-direito-a-informacao-no-codigo-de-defesa-do-consumidor/> Acesso em 23 de novembro de 2019.

¹²⁴ Com efeito, parece-nos que a constatação da existência de publicidade enganosa, p. ex., deva ser pautada, no geral, em relação ao consumidor médio, cujo conceito é intuitivo: trata-se do homem comum, normalmente crédulo e de poucas letras. Esse homem é que terá de perceber, v.g., se as formas superlativas e exageradas, empregadas no anúncio, são mera fantasia ou expedientes enganosos. LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org). **Doutrinas essenciais de responsabilidade civil [livro eletrônico]**. Vol 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

dessa *hashtag* o que se espera é que o consumidor médio seja fluente em inglês, para além de compreender o seu significado, relacionar a abreviação à uma palavra em inglês. Essa característica não é inerente ao homem médio¹²⁵.

Portanto, é necessário criar um padrão de identificação, pois a incompleta identificação também incorre em publicidade clandestina. Recomenda-se que no caso de publicidade nos *stories* a palavra "publicidade" aparece em todos os vídeos referentes ao anúncio, em letras grandes e em local de fácil percepção. Já nas fotos, recomenda-se que ela venha no início do texto, visto que muitas vezes o usuário não lê o texto até o fim.

O Código de Defesa do Consumidor conta com a possibilidade de sanções civis¹²⁶, administrativas e penais em caso de ocorrência de publicidades ilícitas.

Além da proteção do consumidor exercida pelo poder judiciário, o CDC legitima o poder executivo a atuar na proteção do consumidor, permitindo que os órgãos da administração baixem normas e decretam sanções¹²⁷. Os incisos presentes no art. 56 da Lei 8.078/1990 indicam as sanções administrativas passíveis de serem impostas, entre elas se destaca o inciso XII sobre a imposição da contrapropaganda. A contrapropaganda é a reapresentação de um anúncio ilícito nos mesmos moldes deste, ou seja, deverá ser veiculada nova publicidade corrigida sem os aspectos ilícitos da primeira, no mesmo veículo, horário e duração daquele. Seu propósito é de informar o consumidor, visto que o primeiro anúncio detinha irregularidades que poderiam prejudicar o consumidor.

Quanto às sanções penais, os arts. 63 e 64, bem como os arts. 66 a 69 definem as infrações referentes à publicidade.

¹²⁵A língua portuguesa nos anúncios é requerida com base no princípio da veracidade, uma vez que a utilização de outro idioma pode induzir o consumidor em erro. BENJAMIN; Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual do direito do consumidor (livro eletrônico)**. 4e. em e-book, baseada na 8ed. Imprensa- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

¹²⁶No caso das sanções civis, Jacobina enunciou o que pode ser aplicado: As sanções são, basicamente, a *suspensão liminar da publicidade ilícita*, a cominação de *multa (astreintes)* para impedir a veiculação, e a *condenação genérica* nos termos do art. 95 do CDC, revertendo o que não couber aos consumidores individualmente lesados ao fundo criado pelo art. 13 da Lei nº7.347/85, por mandamento do art. 100 do CDC. JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 99.

¹²⁷Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços. § 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias. BRASIL. **Lei no. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acessado em 5 de novembro de 2019.

2.5 PROJETO DE LEI 10919/2018

O Projeto de Lei 10919/2018, de autoria do deputado Célio Silveira (PSDB/GO), que está em tramitação na Câmara dos Deputados tem o objetivo de dar, mais ainda, importância à identificação publicitária, com a inclusão de um novo parágrafo ao art. 36 do CDC, que conteria a seguinte redação:

“Art. 36.....
 §1o.....
 §2o A exibição e a divulgação patrocinadas de produtos e serviços, ainda que recebidos como brinde promocional e independentemente da forma ou meio de veiculação, caracterizam-se como publicidade e devem ser claramente sinalizadas como tal, na forma do *caput* deste artigo.”

A inclusão deste parágrafo mostra a influência das novas modalidades de publicidades feitas através da Internet, em especial, os *publiposts* feitos no Instagram, já que é comum que nesta plataforma os anúncios não sejam sinalizados como tal, propositalmente, para fazer com que os usuários do aplicativo pensem que aquela publicação feita por uma celebridade ou por um influenciador digital é uma opinião pessoal e não um que se trata de uma propaganda comercial na qual o influenciador recebeu um benefício para tratar do produto.

Outro ponto neste parágrafo está na inovação em tratar, além dos *publiposts*, dos chamados "recebidos", uma vez que há dúvida se é possível tratar os recebidos como publicidade ou não. Os recebidos são vídeos compartilhados no Instagram, através dos *stories*, em que os influenciadores mostram produtos que receberam, como presente, de empresas. A dúvida que paira é se esses presentes gratuitos podem ou não ser considerados benefícios necessários, já que os anunciantes e as celebridades recebem, geralmente, em dinheiro para anunciar um produto, caracterizando, assim, uma publicidade. Apesar de não ser dinheiro e sim, um produto grátis, o fato de o influenciador mostrar o produto em seus vídeos gera repercussão espontânea, no qual a empresa pode ser beneficiada.

Entendo que os recebidos não são classificados como publicidade já que, em primeiro lugar, os influenciadores digitais tem a sua renda baseada nas publicidades que fazem nas redes sociais, influenciadoras como Gabriela Pugliesi e Camila Coelho podem ganhar em torno de

R\$ 20.000,00 e R\$ 100.000,00 por publicação¹²⁸, respectivamente, assim, ganhar um fone de ouvido ou uma maquiagem não seria uma contraprestação adequada para o engajamento que elas produzem, nem para sua renda. Em segundo lugar, não há *animus* de publicidade, em que o influenciador é obrigado a fazer uma postagem sobre o produto em decorrência de contrato firmado, bem como de escrever ou proferir um texto exaltando um produto, nos recebidos, a celebridade vai decidir quando irá postar o presente, se irá postar e pode ou não elogiar o produto.

A inclusão do novo parágrafo, colocaria fim nessas discussões, visto que deixa claro que até os brindes promocionais recebidos devem, agora, ser identificados. Tal pensamento foi reforçado por um substitutivo ao PL, apresentado pelo deputado Ted Conti (PSB/ES), para a inclusão de novo parágrafo com a seguinte redação: § 3o Para efeitos do disposto no §2o, a ausência de pagamento ou outra espécie de contraprestação pelo fornecedor do produto ou serviço ao usuário de aplicação de internet não descaracterizará, por si, a natureza publicitária da exibição ou divulgação

Porém, uma emenda ao substitutivo, apresentada pelo deputado Luís Miranda (DEM/DF), alinha-se ao pensamento de que os recebidos não são uma forma de publicidade: § 3o Para efeitos do disposto no § 2o, a ausência de pagamento ou outra espécie de contraprestação pelo fornecedor do produto ou serviço ao usuário de aplicação de internet descaracterizará a natureza publicitária da exibição ou divulgação.

O Projeto de Lei encontra-se "aguardando Parecer do Relator na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI)¹²⁹" e, por tanto, ainda não houve desfecho neste debate.

2.6 DIREITO COMPARADO

¹²⁸ALBUQUERQUE, Amanda. **Quanto ganha um influencer?**. Disponível em: <https://rockcontent.com/blog/quanto-ganha-um-influencer/> Acessado em 17 de novembro de 2019.

¹²⁹CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 10919/2018**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184914>. Acessado em: 8 de outubro de 2019.

A Diretiva 89/552 da União Europeia traz importantes noções a respeito da publicidade, tratando, por exemplo, no art. 1º, "c" sobre o conceito de publicidade clandestina, a qual é considerada como proibida nesse regramento pelo seu art. 10¹³⁰:

A Espanha possui uma lei específica que trata sobre a publicidade a Lei 34/1988 a chamada Ley General de la Publicidad, esta lei discorre a respeito das publicidades ilícitas, como as publicidades enganosa, abusiva, subliminar e desleal, bem como sobre os contratos publicitários.

Portugal conta com Código da Publicidade, através do Decreto-Lei 330/90, nele a identificação, bem como a veracidade, são tidos como princípios basilares da publicidade¹³¹:

Na Inglaterra, através do *The Consumer protection from Unfair Trading Regulations* de 2008, classifica como *advertorial*¹³², a publicidade feita em forma de editorial, ou seja, a tática de não sinalizar que tal conteúdo se trata de uma publicidade, já que foi pago para realizar o anúncio. Tal prática é vista como injusta e é proibida¹³³. Assim como no Brasil, a Inglaterra possui um sistema misto, que além dos Códigos já vistos, conta com um

¹³⁰ Artigo 10º. 1. A publicidade televisiva deve ser facilmente identificável como tal e nitidamente separada do resto do programa por meios ópticos e/ou acústicos. 2. Os spots publicitários isolados devem constituir exceção. 3. A publicidade não deve utilizar técnicas subliminares. 4. É proibida a publicidade clandestina. EUROPA. **Diretiva 89/552 da Comunidade Econômica Europeia**. 1989. c) « Publicidade clandestina », a apresentação oral ou visual de produtos, de serviços, do nome, da marca ou de actividades de um fabricante de mercadorias ou de um prestatário de serviços em programas em que essa apresentação seja feita de forma intencional pelo organismo de radiodifusão televisiva com fins publicitários e que possa iludir o público quanto à natureza dessa apresentação. A apresentação é considerada intencional sempre que for feita a troco de remuneração ou de outra forma de pagamento similar. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A31989L0552>. Acessado em 8 de setembro de 2019.

¹³¹ Artigo 8.º Princípio da identificabilidade. 1 - A publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado. Artigo 9.º Publicidade oculta ou dissimulada. 1 - É vedado o uso de imagens subliminares ou outros meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem. Artigo 11.º Publicidade enganosa. 1 - É proibida toda a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, e devido ao seu carácter enganador, induza ou seja susceptível de induzir em erro os seus destinatários ou possa prejudicar um concorrente. 2 - Para se determinar se uma mensagem é enganosa devem ter-se em conta todos os seus elementos e, nomeadamente, todas as indicações que digam respeito: a) Às características dos bens ou serviços, tais como a sua disponibilidade, natureza, execução, composição, modo e data de fabrico ou de prestação, sua adequação, utilizações, quantidade, especificações, origem geográfica ou comercial, resultados que podem ser esperados da utilização ou ainda resultados e características essenciais dos testes ou controlos efectuados sobre os bens ou serviços; b) Ao preço e ao seu modo de fixação ou pagamento, bem como às condições de fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços; c) À natureza, às características e aos direitos do anunciante, tais como a sua identidade, as suas qualificações e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios ou distinções que recebeu; d) Aos direitos e deveres do destinatário, bem como aos termos de prestação de garantias. PORTUGAL. **Código da Publicidade, através do Decreto-Lei 330/90**. 1990. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34537375/view> Acesso em 7 de setembro de 2019.

¹³² REINO UNIDO. **Lei 2008 n° 1277**. The consumer protection from unfair trading regulations 2008. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2008/1277/schedule/1/paragraph/11/made>. Acessado em: 4 de outubro de 2019.

¹³³ REINO UNIDO. **Lei 2008 n° 1277**. The consumer protection from unfair trading regulations 2008. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2008/1277/schedule/1/paragraph/11/made>. Acessado em: 4 de outubro de 2019.

código de autorregulamentação, que também não possui força vinculante, o *Code of Advertising Practice* e um órgão privado que é o guardião do código, a *Advertising Standards Authority*. Além disso, a Inglaterra possui dois Códigos relacionados à publicidade, um referente ao rádio e à televisão (*broadcast code*) e outro dedicado aos outros meios de comunicação (*non-broadcast code*)¹³⁴. O *non-broadcast code* também especifica a necessidade haver a identificação da publicidade como tal e, não pode o anunciante se passar como consumidor quando vendendo um produto¹³⁵.

Nos Estados Unidos, a publicidade pode ser regulada tanto nas esferas municipais, estaduais e federal, quanto através da autorregulação. A FTC (*Federal Trade Commission*), é a principal agência pública que cuida da publicidade, porém cuida somente dos casos que tem repercussão coletiva, os casos individuais são tratados no judiciário. No âmbito público pode-se contar ainda com a FCC (*Federal Communications Commission*) e a FDA (*Food and Drugs Administration*), quem cuidam das publicidades na TV e rádio e da publicidade ligada a medicamentos e alimentos, respectivamente. No campo da autorregulamentação, conta-se com um variado número de organizações e documentos sobre a publicidade, como a BBB (*Better Business Bureau*) quem tem um próprio código de publicidade.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL SOBRE A PUBLICIDADE CLANDESTINA

Como visto no capítulo acima, a publicidade que é feita com a intenção de não ser percebida pelo consumidor como uma, chamada de publicidade clandestina é proibida não só no CBAP, como também, pelo CDC. Assim, tal forma de publicidade é entendida como ilícita.

Portanto, a partir da classificação da publicidade clandestina como ilícita é possível responsabilizar aqueles que levaram o consumidor a erro, porém, é necessário entender como será a responsabilização e quem poderá ser responsabilizado por fazer e veicular a publicidade oculta.

¹³⁴REINO UNIDO. **Marketing and Advertising. The law.** Disponível em: <https://www.gov.uk/marketing-advertising-law/advertising-codes-of-practice>. Acessado em: 4 de outubro de 2019.

¹³⁵REINO UNIDO. **Recognition of marketing communications.** Comittee of Advertising Practice. Disponível em: https://www.asa.org.uk/type/non_broadcast/code_section/02.html Acessado em 4 de outubro de 2019.

3.1 A PUBLICIDADE CLANDESTINA COMO PUBLICIDADE ENGANOSA

Como visto, a publicidade clandestina é proibida perante o ordenamento jurídico brasileiro, sendo entendida como ilícita, pois fere o princípio da identificação publicitária, contida no art. 36 do CDC. Assim, independentemente de ser considerada como enganosa ou abusiva, tal modalidade já é passível de aplicações de sanções civis. Entretanto, em relação às sanções penais e administrativas (contrapropaganda), somente foram dispostas no Código em relação às duas espécies de publicidade explicitada: a abusiva e a enganosa.

Portanto, para uma melhor responsabilização dos anunciantes, veículos, agências e influenciadores digitais sobre a veiculação de uma publicidade oculta, é necessário classificar a publicidade clandestina como sendo enganosa. A publicidade enganosa está inscrita no CDC por meio do art. 37, § 1º¹³⁶.

O principal ponto que identifica tal modalidade ilícita é o fato de, em decorrência da mensagem, o consumidor incorrer em erro, assim, deve-se aplicar uma interpretação extensiva¹³⁷ também para entender que o consumidor pode ser induzido ao erro não somente sobre questões relacionadas ao produto, mas em relação à própria mensagem¹³⁸:

Deve-se recordar que o intuito da publicidade clandestina é de omitir o caráter publicitário da mensagem. A opção por essa modalidade de publicidade se dá em razão da saturação que o público adquiriu ao longo dos anos a respeito dos informes publicitários, fazendo com que desviassem a sua atenção quando uma publicidade era transmitida. Por conseguinte, como o objetivo principal da publicidade era o de levar o consumidor à obter aquilo que estava sendo anunciado, era necessário abordar a mensagem de uma nova maneira.

¹³⁶ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. BRASIL. **Lei no. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acessado em 23 de novembro de 2019.

¹³⁷ A ampliação da análise da enganabilidade deve ultrapassar, dessa forma, os limites internos da mensagem, para a análise da enganabilidade dos limites externos do anúncio. DEL MASSO, Fabiano. **Direito do consumidor e Publicidade Clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 91-92.

¹³⁸ Dentro do gênero “enganosa”, sanciona o legislador duas espécies de uma publicidade ilícita, quais sejam, a falsa – aquela assim considerada pela não-veracidade na informação ou na comunicação – e a enganosa em sentido estrito – assim considerada quando, de qualquer modo, mesmo por omissão, possa induzir o consumidor ao erro. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007p. 121.

Como o problema estava na recepção da publicidade, os estudiosos de marketing perceberam que se o público não identifica aquilo, rapidamente, como publicidade, concentrando-se na mensagem.

Outro ponto importante que tem enorme poder sobre as decisões que um consumidor pode tomar são as celebridades e, agora com o advento das redes sociais, os chamados influenciadores digitais, muito em razão da credibilidade que se passa, a sociedade tende a apreciar o que estas pessoas tem a dizer, por isso, se tornaram fortes aliados das intenções publicitárias. Enquanto as celebridades são vistas como ídolos e que seu comportamento deve ser replicado, os influenciadores digitais apresentam a características de serem pessoas comuns que obtiveram o sucesso e notoriedade mostrando o seu cotidiano ou por tratarem de algum assunto, exteriorizando seus pensamentos e a suas experiências.

Os influenciadores adquiriram o prestígio entre o seu público porque apresentavam uma visão sincera de um produto, visto que também eram consumidores, diferentemente das celebridades que apresentam um certo distanciamento com o público visto às próprias características de sua profissão, pessoas que tem excelente remuneração e que, em razão de sua fama, tem tratamento diferenciado do resto da sociedade. Assim, o endosso de um influenciador implica dizer que ele não só usa o produto, como recomenda. Logo os publicitários perceberam que o uso dos influenciadores era imprescindível nos anúncios, já que eles tinham forte apelo e credibilidade perante seus seguidores.

Por isso, juntando a necessidade do retorno da atenção dos consumidores à publicidade, levando em conta a aversão à esta modalidade e vendo o forte poder de comunicação que os influenciadores apresentavam, passou-se a utilizar a estratégia de realizar o informe publicitário em forma de recomendação, ou seja, o influenciador é contratado para informar aos seus consumidores sobre as qualidades e benefícios de um determinado produto que, teoricamente, fazem o uso, como fosse mais uma das postagens sobre o seu cotidiano, sem que isso caracterize uma publicidade, influenciando o seguidor na compra, visto a confiança depositada em suas palavras¹³⁹.

¹³⁹A exegese do termo “capaz de induzir em erro”, previsto no § 1º do art. 37, quer significar que a publicidade, para ser declarada ilícita, deve conter elementos suficientes para enganar o consumidor, isto é, levá-lo à falsa percepção da realidade. Trata-se, pois, de constatar o nexo de causalidade entre a mensagem e o engano, ainda que potencialmente, dos consumidores. Cumpre notar que, no âmbito da tutela coletiva, a verificação do potencial enganoso já é suficiente para gerar efeitos civis, ainda que não se realize o dano efetivo. Destarte, o comportamento econômico que se pretende provocar no consumidor (incentivando-o à aquisição de produto ou utilização de serviço) é o elemento-chave que qualifica a informação sujeita ao controle do art. 37 do CDC. DIAS, Lucia Ancona Lope de Magalhães. **Publicidade e direito (ebook)**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Esse formato de publicidade, entendido como *publipost*, quando não sinalizado, é uma forma clandestina e tem em sua própria natureza o elemento da enganosidade¹⁴⁰. O consumidor não dedicaria tempo para a publicação se ela fosse identificada como tal desde o início, por isso, a não sinalização proposital é uma forma de enganar, já que se acredita que aquilo não se trata de publicidade. Além disso, essa enganosidade é potencializada com o uso dos influenciadores, visto que seu público espera que aquele conteúdo, já que não sinalizado, seja a emissão de uma opinião pessoal do produto, que é levada em consideração na hora de sua aquisição¹⁴¹. Induz-se o consumidor a erro sobre a identificação da mensagem e também sobre as declarações, tidas como pessoais, dadas sobre o produto, que, como já foi ressaltado, são fundamentais a levar o público às compras¹⁴²¹⁴³.

O parágrafo §1º do referido art. 37 ainda diz que é possível que a publicidade enganosa seja feita na modalidade omissiva. Isto é, o fato de que o influenciador deixa de informar que o

¹⁴⁰ Este também é o entendimento de Del Masso: Concluindo-se, acredita-se na existência de fundamentos suficientes para enquadrar a publicidade clandestina como uma hipótese especial de publicidade enganosa. Assim, todas as disposições legais aplicáveis à repressão da publicidade enganosa devem ser aplicadas na repressão à publicidade clandestina. DEL MASSO, Fabiano. **Direito do consumidor e Publicidade Clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 93.

¹⁴¹ Esse fato de que o consumidor é levado à compra de um produto porque acredita na afirmação de um influenciador como sendo uma recomendação e não como uma propaganda comercial representa um vício em sua vontade, como bem explicitou Guimarães: “Na segunda parte do §1º do art. 37 do CDC, ou seja, na publicidade enganosa em sentido estrito, visa-se proteger a livre e correta manifestação de vontade do consumidor, evitando que este pratique um ato jurídico, mediante vício de consentimento, causando-lhe um dano patrimonial ou extrapatrimonial. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 131.

¹⁴² Assim, a publicidade clandestina ilícita, pois num primeiro momento, retira a possibilidade de defesa do pretendo consumidor, que não interpreta o signo como publicitário (o sendo crítico estará comprometido); em segundo plano, a aparência de neutralidade da opinião geralmente convence o receptor da mensagem. DEL MASSO, Fabiano. **Direito do consumidor e Publicidade Clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 92.

¹⁴³ Fechando o raciocínio de que a publicidade oculta pode ser entendida como sendo publicidade enganosa, apresenta-se o entendimento de Lúcia Dias: As regras para a publicidade digital, portanto, são claras: os anúncios em plataformas digitais, ainda que elaborados como “marketing de conteúdo” e naturalmente integrados à plataforma, devem ser fácil e imediatamente identificados como mensagens de natureza publicitária pelos consumidores, para além, naturalmente, de seu conteúdo estar de acordo com as demais exigências legais e autorregulamentares⁶⁰⁶. Isso significa que não podem estar mascarados de conteúdo editorial ou espontâneo proveniente de terceiros, como se tais conteúdos, publicitários, não guardassem relação com a marca, o produto ou a empresa comentados. Sempre que formatados de modo fraudulento, e a sua natureza comercial restar oculta aos consumidores, o que inclui a atribuição de sua origem a outra parte que não seja o anunciante, serão qualificados como enganosos, ainda que as afirmações sobre o produto ou serviço possam ser verdadeiras. Como visto, afirmações enganosas desse gênero tendem a afetar as decisões dos consumidores, que induzidos em erro atribuem maior credibilidade às afirmações publicitárias ou interagem com conteúdos publicitários com os quais, de outra forma, muito provavelmente não interagiriam. DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito (ebook)**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

que está sendo transmitido é uma publicidade, incorre na forma omissiva, visto que age contrariamente ao que está disposto no art. 36¹⁴⁴¹⁴⁵.

Logo, não pode ser omitido do consumidor que determinada postagem se trata de uma publicidade, pois além da indução ao erro, a forma como a mensagem clandestina é passada pode viciar a vontade do consumidor.

Ainda, a clandestinidade é uma forma de violação aos princípios aos quais a publicidade se funda, ao princípio da transparência e ao da veracidade. Em relação à veracidade, a publicidade oculta falta com a verdade quando, por exemplo, faz-se passar como opinião pessoal algo que é uma publicidade. Já em relação à transparência, o fato de o influenciador não sinalizar a publicidade é um desvio ao esperado pelo princípio, pois espera-se que o *publipost* seja demonstrado como tal com exatidão.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Passa-se a examinar o problema central desse estudo, a responsabilidade civil decorrente de publicidade clandestina propagada na rede social Instagram, visto que, mesmo sendo uma nova forma de veiculação da publicidade¹⁴⁶, todos os aspectos atinentes à publicidade previstos no CDC devem ser, igualmente, respeitados pelas plataformas digitais.

¹⁴⁴ Também pensa assim Del Masso: a obrigação da identificabilidade, contida no art. 36 da Lei nº 8.078/1990, se descumprida, já é suficiente para configurar a enganiosidade do anúncio, devendo, portanto, sofrer todas as consequências inerentes a tal conduta, inclusive na esfera criminal. DEL MASSO, op. cit, p. 138.

¹⁴⁵ Este também é o pensamento de Del Masso: A clandestinidade desenvolve-se por intermédio de uma conduta omissiva do interlocutor, já que não revela uma informação importante em sua mensagem. DEL MASSO, op. cit, p. 93. Já para Guimarães: Quanto à publicidade enganosa, deve-se verificar o que realmente deve ser dito na publicidade, ou melhor, o que não pode ser omitido do consumidor. GUIMARÃES, op. cit, p. 136. Ainda, corrobora Dias para a classificação da publicidade clandestina como forma omissiva da publicidade enganosa: Também podemos dizer que consiste em modalidade de enganiosidade por omissão o ocultamento do caráter publicitário das mensagens veiculadas, caso tal intenção não possa ser depreendida do seu contexto, induzindo os consumidores em erro quanto à natureza supostamente desinteressada da mensagem. Dias, op.cit.

¹⁴⁶O *publipost* surgiu através de uma evolução não só da Internet, mas das tecnologias em si, a respeito dessas mudanças, interessante excerto de Veronese e Cunha: A evolução tecnológica, ao tempo em que possibilita a inclusão social por meio das tecnologias de informação e comunicação, também traz novos desafios, tanto para empresas como para os Estados e as sociedades. VERONESE, Alexandre; CUNHA, Marcelo Barros da. **Desafios do comércio eletrônico no Brasil: integração vertical entre fornecedores e meios de pagamentos, proteção de dados pessoais e cooperação regulatória internacional**. Vol. 4. No 2. UNIO – EU Law Jornal, 2018. , p. 86). Disponível em: https://scholar.google.com.br/citations?user=Dx44aZcAAAAJ&hl=pt-BR#d=gs_md_cita-d&u=%2Fcitations%3Fview_op%3Dview_citation%26hl%3Dpt-BR%26user%3DDx44aZcAAAAJ%26cstart%3D20%26pagesize%3D80%26citation_for_view%3DDx44aZcAAAAJ%3A03NaXMP0MMsC%26tzom%3D180 Acesso em 29 de novembro de 2019.

O art. 6º, VI do CDC explicita que o consumidor tem direito à “reparação de danos patrimoniais e morais¹⁴⁷, individuais, coletivos e difusos”¹⁴⁸, em relação ao fato ou vício de produto, porém, outras formas de responsabilidade civil, como por exemplo, a responsabilidade perante práticas comerciais, como a publicidade, também deve ser analisada¹⁴⁹.

Assim, como a publicidade clandestina é uma espécie de infração extracontratual, visto que esta prática comercial é vista na fase pré-contratual, é necessário avançar os estudos sobre a responsabilização nesse formato de publicidade ilícita.

Para a caracterização da responsabilidade civil é importante saber quem está sendo protegido pelo ordenamento. Segundo o art. 2º do CDC, o consumidor é classificado como “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Segundo este artigo, portanto, somente o consumidor presente na relação jurídica de consumo, ou seja, aquele que adquiriu o produto ou serviço seria tutelado. Entretanto, perante o art. 29, quando ocorrer uma prática comercial, como a publicidade, por exemplo, equipara-se ao consumidor, para efeito de tutela, todos aqueles expostos a uma prática comercial, ou seja, passou-se a proteger consumidores além daqueles elencados na relação jurídica de consumo.

¹⁴⁷ Sobre a possibilidade de indenização moral, importante são as palavras de Bruno Miragem: De outra parte, a proteção da integridade moral do consumidor também deve ser considerada em todas as fases da relação de consumo, seja a pré-contratual, a de execução do contrato, ou após sua extinção, em que remanescem deveres específicos do fornecedor, decorrentes da boa-fé objetiva que deve presidir as relações entre os contratantes. Na fase pré-contratual, avultam no regime jurídico determinado pelo Código de Defesa do Consumidor, os deveres indicados aos fornecedores na oferta (arts. 30 e 31) e na publicidade arts. 36 e 37), dos quais salienta-se o dever de informar sobre o produto ou serviço objeto da contratação futura. Neste sentido, à medida que a conduta do fornecedor é reconhecida como apta a gerar efeitos decorrentes da legítima expectativa gerada no consumidor, sua frustração, à medida que ofenda à esfera moral do consumidor, tem sido reconhecida como suficiente para determinar o dever de indenizar, conforme as circunstâncias do caso. MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. *In: : MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM; Bruno (org). Doutrinas essenciais do direito do consumidor [livro eletrônico]*, vol. 5. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁴⁸In fact, the social damage comes from an unlawful act that, overcoming the barriers imposed by the economic or social purpose, generates damages or even exposes the right of others to a risk. In other words, unlawfulness is characterized not only by the cause of another person's damage, individually identified, as well as by the violation of social and economic interests, collectively considered. In the event of social damage, the perpetrator is sentenced according to the extent of the damage, taking into account the individual and social aspects. This brand new type of civil liability, based on article 6, section VI, of the Brazilian Consumer Defense Code, addresses the public interests that involve rights of this nature, in which the victims are indeterminate or indeterminable. Is important clarify that these rights are also classified as “metaindividuais” (which exceeds the individual), and although their violation directly affects only one or a few individuals (undetermined or indeterminate victims), they call into question principles that affects all society and which are tacitly or explicitly guaranteed by Federal Constitution. BARROS, João Pedro Leite. **Socia damages – portuguese and brazilian perspectives**. p. 238 *In: MIRANDA GONÇALVES, Rubén, VEIGA, Fábio da Silva e MAGALHÃES, Maria Manuela (editores). Derecho, gobernanza e innovación: dilemas jurídicos de la contemporaneidad en perspectiva transdisciplinar*. Porto: Universidade Portucalense, 2017.

¹⁴⁹Apesar de o Código de Defesa do Consumidor só ter tratado de forma expressa da responsabilidade civil em relação aos defeitos e aos vícios nos produtos e serviços, (Seções II e III do Capítulo IV do Título I), esse instituto aplica-se a todas as demais situações existentes, tanto por infração contratual quanto extracontratual. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 148.

Ainda, o art. 29 expressa que não é necessário que as pessoas sejam determináveis para que possam ser protegidas.

Assim, entende-se pela própria construção do CDC que, tendo em vista a ocorrência de uma ilicitude na publicidade, tanto o consumidor como um ser individual ou como uma coletividade são protegidos e podem acionar a justiça caso a publicidade viole os preceitos elencados pelo CDC.

A normatização da proteção da coletividade é necessária uma vez que a própria natureza da publicidade enseja a disseminação da mensagem em larga escala, seu intuito é de alcançar o maior número de consumidores possíveis através das técnicas de marketing, como o estudo do público alvo e do impacto dos veículos de comunicação, por exemplo. Por conseguinte, apenas a defesa individual torna-se insuficiente, visto que nem todos os consumidores atingidos pela publicidade recorrem ao judiciário, talvez por desconhecimento de seus direitos ou pela dificuldade de acesso ao judiciário, a fim de aplicar uma sanção aos responsáveis pela veiculação de uma ilicitude. Logo, com a finalidade de defender os consumidores como um todo, não só aqueles que efetivamente foram prejudicados com a ilicitude da publicidade é fundamental entender a defesa do consumidor perante as irregularidades das práticas comerciais como sendo de interesse difuso.

A aplicação do interesse difuso serve para prevenir o acontecimento do dano, visto que antes mesmo da ocorrência de qualquer perda, pode-se condenar eventual publicidade¹⁵⁰, evitando que o incidente chegue ao consumidor podendo ter desdobramentos patrimoniais ou extrapatrimoniais¹⁵¹¹⁵².

Outra questão envolvendo o consumidor é que o CDC procurou basear suas normas de acordo com o a inteligência do homem médio, ou seja, todas as práticas comerciais devem ser compreendidas pela figura do homem médio, se algum ponto passar de sua compreensão, então o consumidor médio deve ser protegido.

¹⁵⁰ Jacobina tem o mesmo entendimento: O controle da publicidade tem uma característica muito forte de *tutela dos interesses difusos*, e portanto, tem um caráter abstrato e, independe de eventuais lesões a interesses individuais, contratuais ou não. JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 89.

¹⁵¹ Nesse mesmo sentido Guimarães: Aqui, a utilização das normas de proteção do Código de Defesa do Consumidor pelo consumidor, terá, principalmente, um caráter preventivo, ou seja, exigirá ou protegerá seus direitos antes que eles sofram qualquer dano. Lembremos ainda que essa proteção está ligada principalmente aos interesses difusos ou coletivos. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 85.

¹⁵² Assim também é o entendimento de Guimarães quando discorre a respeito da publicidade enganosa: Basta o simples risco de erro por parte do consumidor para possibilitar a caracterização da publicidade enganosa, sendo o dano um simples *plus*. Desnecessário, pois, o testemunho de consumidores no sentido de que foram enganados. GUIMARÃES, op. cit, p. 141.

O problema é que quando se trata de publicidade, tende-se, doutrinariamente, a abandonar essa noção de consumidor médio e partir para análise de consumidor típico para fins de responsabilização sobre a publicidade ilícita¹⁵³. O consumidor típico seria aquele para qual a publicidade está se voltando, por exemplo, os canais de televisão, bem como revistas e as páginas nas redes sociais costumam apresentar um assunto próprio, seja conteúdo financeiro, de esportes, de música, então, não poderia mais assumir o consumidor como médio, pois se há um anúncio de um instrumento musical para o público de uma página de música, certamente, seu conhecimento para o produto será maior do que a de um consumidor médio.

No caso dos *publiposts* não é possível utilizar-se da ideia de consumidor típico pois o Instagram é um aplicativo de livre acesso a qualquer brasileiro, portanto, mesmo que se possa determinar o assunto, não é possível determinar quem está sendo atingido para fins de caracterizar a clandestinidade da informação como passível de responsabilização ou não¹⁵⁴¹⁵⁵.

Depois de entender o consumidor como sendo qualquer pessoa que possa ser atingida pela publicidade, é necessário elencar os participantes na elaboração da publicidade, ou seja, aqueles que causam o dano e a partir de sua ação criam o nexo de causalidade necessário ao surgimento do dever de indenizar.

A primeira figura importante que está por traz da publicidade é o anunciante, essa figura pode ser entendida como a do fornecedor, ou seja, é a empresa responsável pela criação ou comercialização do produto, de todos os participantes, é quem mais se beneficia com o informe publicitário.

¹⁵³A acurada caracterização desse chamado parâmetro humano, ou, como preferimos, do consumidor típico da publicidade objeto de controle consumerista, leva em consideração dois aspectos: um primeiro, que está relacionado ao grupo relevante de consumidores ou target group da publicidade e, um segundo, concernente ao nível de discernimento, dentro daquele grupo relevante de pessoas, que deve ser assumido como padrão para se estabelecer se a mensagem lhes pode ser enganosa. DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães **Publicidade e direito (ebook)**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

¹⁵⁴Nesta avaliação do potencial de induzimento em erro do anúncio, considera-se não apenas o consumidor bem informado e atento, mas também aquele outro que seja ignorante, desinformado ou crédulo. BENJAMIN; Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual do direito do consumidor (livro eletrônico)**. 4e. em e-book, baseada na 8ed. Imprensa- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁵⁵“É importante frisar que não será enganosa somente aquela publicidade que tem o condão de induzir a erro todos os consumidores ou uma expressiva quantidade deles, tendo como paradigma o “homem médio” ou, como diziam os romanos, o *bônus pater familias*, ou ainda como diria os ingleses, o *reasonable man*. Será considerada publicidade enganosa também a que induzir em erro tão-só as pessoas desinformadas ou ignorantes, pois essas também são consumidores e, diga-se de passagem, representam uma porção considerável de nossa população, por isso que precisam de proteção do Estado. Seguindo o raciocínio acima, a conduta passiva do consumidor não elide a responsabilidade pré-contratual dos fornecedores. Já não impera o adágio *caveat emptor* (o comprador que se acautele) e a aceitação da ocorrência do *dolus bônus*. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 138-139.

A agência publicitária é aquela responsável pela criação da peça. A agência publicitária é dotada de conhecimentos de mercado e artísticos necessários a elaboração da publicidade, sem o trabalho da agência, uma publicidade dificilmente alcança o seu êxito.

O veículo de comunicação é aquele meio que se escolhe para a propagação da publicidade, já que se o objetivo da publicidade é atrair o maior número de pessoas para adquirir um produto, é imprescindível adotar um grande meio de circulação de informações e entretenimento, como jornais, revistas, televisão e a Internet, que atraem um grande público, que são potenciais consumidores.

As celebridades são pessoas notórias que são contratadas para fazer propagandas comerciais, devido ao seu grande apelo com a população, seu poder de influência sobre a vida da sociedade é um forte aliado da publicidade. No século XXI, com o advento da Internet, uma nova categoria de famosos surgiu, com os mesmos impactos das celebridades, os chamados influenciadores digitais.

O problema de se classificar a responsabilidade civil decorrente da publicidade, vai do fato de que não há nenhum dispositivo no CDC que elenque a responsabilidade dos participantes na elaboração da publicidade, visto que o CDC somente trata da responsabilidade dos fornecedores perante o vício ou fato do produto ou serviço. Porém, mesmo que o CDC não explicita a responsabilidade dos participantes, não é possível exauri-los¹⁵⁶.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária entende em seu art. 3º que “todo anúncio deve ter presente a responsabilidade do anunciante, da agência de publicidade e do veículo de divulgação junto ao consumidor.”. Tal entendimento também se encontra presente no art. 45 do referido código. Mesmo que o CBAP não possua força normativa, ele pode ser usado não só de maneira subsidiária no direito pátrio, conforme o art. 61 do Estatuto Social do CONAR, mas também como fonte para o ordenamento. Assim, a partir da compreensão das responsabilidades desses atores, repisasse como necessária a responsabilização de todos os participantes na construção da transmissão da publicidade ao consumidor, inclusive das celebridades e influenciadores digitais que não estão descritos no art. 3º do CBAP. Ainda na análise da responsabilidade deve-se levar em conta o quão decisivo, para o dano difuso ou individual, é a atuação de cada um deles.

¹⁵⁶ Como mesmo observa Guimarães: No direito pátrio não existe norma expressa sobre o assunto, porém tal fato não significa que eventuais co-participantes da criação e veiculação da publicidade não sejam por ela civilmente responsáveis. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 153.

Incorre recordar que de acordo com o parágrafo único do art. 7: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.”. A solidariedade é regra na Lei 8.078/90, logo, todos aqueles que participarem da elaboração da publicidade são responsáveis por ela e respondem pela decorrência de eventual ilicitude, podendo utilizar-se do direito de regresso, caso seja compreendido que o causador do dano foi um dos participantes em específico.

Sobre a responsabilidade civil é necessário discorrer sobre os três elementos necessários para a caracterização da responsabilidade: a ação ou omissão, o dano e o nexo de causalidade.

Quanto à ação e omissão, entende-se que só pode ocorrer um prejuízo ao consumidor se por meio de uma das condutas¹⁵⁷, o anunciante, veículo, agência ou celebridade cometerem uma ilicitude, por exemplo, no caso em estudo, a omissão do influenciador em não informar que sua publicação se trata de um informe publicitário, leva o consumidor ao erro, podendo ser entendida como publicidade ilícita, em razão do art. 36, ou como publicidade enganosa, como visto no tópico acima.

Quanto ao dano, relembra-se a tese de que a proteção ao consumidor é de interesse difuso, bem como o fato de que a publicidade atinge à uma coletividade, onde não é possível precisar o número de pessoas que podem ser atingidas pelo dano. Assim, a coletividade deve ser protegida e, não é necessário que ocorra um dano material, por exemplo, para que os partícipes sejam responsabilizados, nesses casos, a repressão contra publicidades ilícitas, tem caráter preventivo, para evitar que o dano de fato ocorra.

Quanto ao nexo de causalidade, significa que além de haver um dano e uma ação ou omissão, somente é possível a responsabilização, caso haja conexão entre a ação e o dano¹⁵⁸. No exemplo dado à violação ao princípio da identificação publicitária, a omissão na sinalização,

¹⁵⁷Desta forma, para se constatar a necessidade de reparação, é indispensável que haja um dano (ou prejuízo). Além disso, a conduta do indivíduo, que pode ser tanto positiva (ativa) quanto negativa (omissiva). BITTENCOURT, Luciana Gomes. **Os limites jurídicos da publicidade nas relações de consumo brasileiras: as manipulações de desejo nas relações pré-contratuais consumeristas**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22585/os-limites-juridicos-da-publicidade-nas-relacoes-de-consumo-brasileiras-as-manipulacoes-de-desejo-nas-relacoes-pre-contratuais-consumeristas/4> Acesso em 25 de novembro de 2019.

¹⁵⁸ Vale notar que, em pedidos de natureza difusa (coletiva), no exame do nexo de causalidade entre a mensagem e a indução em erro não se exige a comprovação do dano efetivo, i.e., a contratação viciada por diversos consumidores, mas apenas a capacidade da mensagem de influenciar a vontade do consumidor pela sua desinformação ou pela informação equivocada (“a mensagem é capaz de enganar”). Embora sem exigir o dano concreto (i.e., o engano com repercussão econômica), é preciso verificar a efetiva potencialidade de a mensagem induzir em erro uma coletividade de consumidores, configurando-se, portanto, o dano potencial (ou o potencial enganoso), requisito de ilicitude da publicidade enganosa. A mensagem que não tem aptidão para induzir em erro seus destinatários não podem ser qualificada como enganosa. DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães **Publicidade e direito (ebook)**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

acarreta um vício de vontade, visto que o consumidor pensa ser uma posição convicta do influenciador, levando o consumidor à compra, visto o grau de segurança que o seguidor deposita nas palavras do influenciador. Ainda, o nexa causal tem presunção *iuris tantum*¹⁵⁹¹⁶⁰.

Quanto à ocorrência do nexa de causalidade entre o dano a publicidade velada feita no Instagram, destacam-se dois casos. O primeiro caso trata da morte de uma jovem universitária que veio a óbito ao tomar remédios para emagrecer. Segundo o relato de uma de suas amigas, a jovem adquiriu o medicamento porque foi influenciada por influenciadores digitais que recomendavam o uso do medicamento. O medicamento Redufite, ingerido pela estudante, foi proibido pela ANVISA meses antes do óbito da universitária¹⁶¹. Repisa-se que no caso de publicidade de medicamentos há regramento especial sobre sua regulação.

O segundo caso é o da empresa Ms Shoes e Acessórios que vendia iPhones. Foram contratados diversos influenciadores, que recebiam o iPhone e atestavam a segurança da loja. Contudo, mais de duas mil pessoas compraram o aparelho e não receberam o produto.¹⁶² Inúmeras vítimas relataram através de comentários no Instagram que acreditaram na procedência da loja em razão dos testemunhos dos influenciadores.¹⁶³

Em razão de forte divergência doutrinária acerca da responsabilização dos agentes da publicidade, sendo eles, os anunciantes, veículos, agências e celebridades, faz-se indispensável tomar nota sobre todas essas interpretações.

A primeira interpretação admite que o único responsável por qualquer problema decorrente da publicidade é do anunciante, pois este é quem é o encarregado pelo produto. Segundo Dias, ele também seria o único responsável, em razão da redação do art. 38 do CDC em que caberia o ônus da prova a quem patrocinou o anúncio¹⁶⁴. Outro motivo apresentado, especificamente, para a não responsabilização dos meios de comunicação é que eles não têm

¹⁵⁹Uma presunção *iuris tantum* do nexa causal, impondo ao ofensor o ônus da prova em contrário. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 188.

¹⁶⁰Não precisa o autor da demanda provar de forma absoluta o nexa causal, o que em muitas situações seria impossível; basta apenas indícios de sua probabilidade. GUIMARÃES, op. cit, p. 188.

¹⁶¹NASCIMENTO, André. **Amiga diz que jovem morta após tomar remédio para emagrecer sentia dores diariamente**. Disponível em: <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2018/11/12/amiga-diz-que-jovem-morta-apos-tomar-remedio-para-emagrecer-sentia-dores-diariamente.ghtml>. Acessado em 4 de setembro de 2019.

¹⁶²PRIMEIRO IMPACTO BR. **Quase 2 mil pessoas vítimas do golpe do iPhone – primeiro impacto PR (20/08/2018)**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Es13XMfqLmM> Acesso em 2 de outubro de 2019.

¹⁶³Anexo A- contendo imagens de vítimas relatando que foram levadas à comprar o produto por causa de *publiposts* sem sinalização feitos por influenciadores.

¹⁶⁴“Cumpra-se notar que o principal fundamento para a ausência de responsabilidade da agência, agência, do veículo e da celebridade decorreria da interpretação do art. 38 do CDC, que versa especificamente sobre a atividade publicitária, e determina que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”, ou seja, ao fornecedor-anunciante. DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães **Publicidade e direito (ebook)**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

controle sobre a publicidade, visto que eles não podem fazer alterações nos anúncios veiculados, em razão de possível interpretação de censura. Essa interpretação é retirada do Resp 604.172/SP (REsp 604.172/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJ 21/05/2007).

O problema central dessa corrente é que, no voto do relator, ele entende que só podem ser considerados como consumidores aqueles elencados no art. 2º e os fornecedores no art. 3º, assim, os sujeitos da relação jurídica de consumo são restritos¹⁶⁵, a interpretação dessa corrente entende os artigos como sendo taxativos, impedindo uma ampliação desses conceitos. Todavia, é necessário recordar que o próprio código proporciona a ampliação do conceito de consumidores, com a possibilidade de equiparação, presentes nos arts. 17 e 25. A respeito do conceito de fornecedor, o conceito do art. 3º está atrelado ao produto ou ao serviço, a publicidade é uma prática comercial e não um produto, é evidente que o anunciante sozinho é incapaz de construir um informe, para a formação da publicidade é necessário a presença de figuras como um veículo que propagará a mensagem¹⁶⁶, uma agência que fará a publicidade, bem como das celebridades que potencializaram o objetivo da persuasão. Ainda, mesmo que a responsabilidade destes não esteja positivada no código, lembra-se que no CBAP eles são considerados responsáveis e que é possível o uso subsidiário do CBAP, bem como fonte para decisões.

Uma segunda corrente entende que o anunciante responde objetivamente e os demais integrantes da cadeia publicitária responderiam de forma subjetiva, onde deveria ser analisado a culpa ou dolo de sua ação na irregularidade do anúncio¹⁶⁷.

¹⁶⁵ O CDC, foi concebido para regular a relação de consumo estabelecida entre aqueles que se enquadram como consumidores (Art. 2º e par. único) e fornecedores (Art. 3º). Assim, é que o Código, especialmente nos capítulos da oferta e publicidade, impõe deveres ao fornecedor-anunciante (Art. 3º) e não aos veículos de comunicação, propaganda e anúncios.

¹⁶⁶ Em relação ao veículo que transmite um informe publicitário, importante lição de Veronese e Melo sobre como as plataformas digitais podem ser entendidas dentro da relação jurídica de consumo: Mesmo quando os consumidores não pagam, de forma direta, aos provedores de conteúdo, sabe-se que a sua visitação e exposição à publicidade configura fonte de receita para os sítios eletrônicos. Logo, é possível inferir que há, portanto, uma relação de consumo. VERONESE, Alexandre; MELO, Noemy. **A proposta brasileira de proteção de dados pessoais e comparação ao novo regulamento europeu**. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (org). Revista de Direito Civil Contemporâneo. N. 5. V. 14. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2018. O referido pensamento, portanto, corrobora com a tese de que os demais partícipes da concepção da publicidade também devem ser responsabilizados por eventuais ilicitudes nos informes publicitários.

¹⁶⁷ Benjamin e Miragem são alguns dos doutrinadores que entende dessa forma: A RESPONSABILIDADE CIVIL DA AGÊNCIA, DO VEÍCULO E DA CELEBRIDADE - Quem responde pelos desvios da publicidade? Como regra, o anunciante, ou a quem o anúncio aproveita, e tal se dá em bases de responsabilidade objetiva. Não se exclui, porém, considerando-se a regra geral da solidariedade adotada pelo CDC, a responsabilidade da agência e do próprio veículo. Para esses agentes do fenômeno publicitário, adotamos, como veremos em seguida, a tese da *responsabilidade solidária limitada*. O anunciante, como já dito, é responsabilizado, no plano cível, objetivamente pela publicidade enganosa e abusiva, assim como pelo cumprimento do princípio da vinculação da mensagem publicitária. Já a agência e o veículo só são corresponsáveis quando agirem dolosa ou culposamente,

Em relação à essa proposta de classificação da responsabilidade, é imperioso pontuar alguns tópicos abordados, o primeiro está no fato de que o autor enxerga que para a identificação da responsabilidade no CDC o responsável deve ser enquadrado como um fornecedor, entretanto, o próprio código enuncia no parágrafo único do art. 7º, que qualquer pessoa que ofender o consumidor será solidariamente responsável, independentemente de entrar na cadeia de fornecimento. Um segundo ponto é quando o doutrinador diz que o art. 38 menciona somente o fornecedor como sendo responsável para a produção de provas, contudo, segundo o entendimento do STJ no REsp 1.391.084/RJ: Na realidade, o disposto no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor disciplina tão somente o sujeito e o objeto da prova, não afastando, em momento algum, a responsabilidade dos demais integrantes da cadeia de consumo (art. 7 do CDC), especialmente quando não é possível indicar o paradeiro do patrocinador do anúncio publicitário.¹⁶⁸ Portanto, a partir da possibilidade elencada no art. 7º, todos aqueles que participam da criação e da difusão as publicidades devem ser amplamente responsabilizadas.

A terceira corrente defendida por Guimarães compreende que todos partícipes da criação publicitária devem responder objetivamente sobre quaisquer ilicitudes provenientes da publicidade. Esse estudo alinha-se à percepção de Guimarães sobre a responsabilidade das

mesmo em sede civil. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 368. Entendemos, contudo, que deve ser distinto o tratamento com relação à agência de publicidade ou dos veículos de comunicação que divulgam o anúncio publicitário. Em primeiro lugar, sua consideração como integrantes da cadeia de fornecimento, parece ser imprópria. A introdução do produto ou serviço no mercado não é dependente da realização da publicidade e sua promoção pelos veículos de comunicação. Da mesma forma, os artigos 36, parágrafo único, e 38, estabelecem deveres de guarda das informações e de prova da veracidade das alegações veiculadas pela publicidade ao fornecedor. Não que se exima a responsabilidade das agências de publicidade e dos veículos de comunicação do cumprimento dos deveres estabelecidos pelo CDC. Entretanto, não nos parece haver como qualificá-los como fornecedores, razão pela qual estariam excluídos do regime da responsabilidade objetiva do CDC, a não ser quando atuem diretamente prestando serviço, e, portanto na qualidade própria de fornecedores. Caso contrário, trata-se de responsabilidade no regime comum, por ato ilícito (artigo 186 do CC), mediante demonstração da culpa pela violação do dever de veracidade estabelecido no artigo 36 do CDC, ou ainda de responsabilidade objetiva por abuso do direito (artigo 187 do CC). Note-se, contudo, que mesmo no sistema do direito comum, a noção de culpa vem observando tendência de objetivação, não mais se vinculando à ideia de previsibilidade do dano, evoluindo para sua caracterização mediante violação de parâmetros objetivos de conduta (standards), como será o caso nesta hipótese. Sobretudo se considerarmos, neste caso, que se tratem de profissionais, conhecedores da técnica de publicidade, indicativo de que a princípio não seria escusável o equívoco, presumindo-se que tenha sido causado por negligência ou imperícia. MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor [livro eletrônico]**. 6 ed em e-book baseada na 8 ed impressa. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2019.

¹⁶⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 1.391.084/RJ**. Terceira Turma, j. 26.11.2013, Relator. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 25.02.2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp> Acessado em 1 de dezembro de 2019.

celebridades serem objetivas e será aprofundado esse entendimento mais adiante. Tartuce também segue esta linha¹⁶⁹.

Trazendo para o caso em estudo, ou seja, tendo como exemplo uma publicidade feita no Instagram que não está sinalizada, os participantes da publicidade são: a marca, o influenciador e o Instagram. Será discutido a responsabilidade de cada um destes.

O fornecedor seria o anunciante, responsável pela fabricação e comercialização do produto, assim, a responsabilidade do anunciante é referente ao produto posto no mercado e não, propriamente, sobre a publicidade, portanto é fácil identificar a sua responsabilidade, inclusive como sendo objetiva, visto que esta é a regra do CDC. No caso do anunciante, não há qualquer divergência doutrinária a respeito da sua responsabilidade civil, todos entendem este como sendo responsável objetivamente.

O Instagram é o veículo de comunicação utilizado nos *publiposts* para transmissão do anúncio. Como visto, a doutrina diverge sobre a responsabilidade do veículo ser objetiva, subjetiva ou de não ter responsabilidade. De acordo com o Resp 604.172/SP, o veículo não teria qualquer responsabilidade visto que ele não tem acesso à construção da publicidade, ele somente veículo.

No Instagram existem essencialmente duas formas de veiculação da publicidade dentro do aplicativo, os *publiposts* e publicidades feitas nos intervalos dos *stories*, ou em formato de vídeo ou de foto através da ferramenta chamada de Instagram Ads ou de gerenciador de anúncios, em que o próprio Instagram faz o papel dos estudos de marketing que visam um maior impacto na projeção da publicidade.

No primeiro caso entende-se que, assim como foi proferido no julgado, o Instagram não pode ser responsabilizado, visto que ele não tem controle sobre o que será publicado, no caso dos *publiposts*, por exemplo, o acordo acerca da publicidade é feito somente entre a marca e o influenciador, o influenciador somente utiliza da plataforma para fazer a publicação, assim, o Instagram não tem o controle sobre as postagens dos influenciadores, visto que se trata de uma

¹⁶⁹ Encerrando o presente item, cumpre trazer a lume questão de debate relativa à responsabilidade civil das celebridades, artistas, atletas e outras pessoas com notoriedade que atrelam o seu nome a de produtos e serviços no meio de oferta ou publicidade, os chamados *garotos propaganda*, ou melhor, *garotos publicidade*. A tese de responsabilização de tais pessoas é defendida pelo magistrado e professor Paulo Jorge Scartezini Guimarães, contando com o apoio de outros doutrinadores, caso de Herman Benjamin e Fábio Henrique Podestá, especialmente quando tais celebridades recebem porcentagem pelas vendas realizadas.¹⁹ A premissa teórica igualmente conta com o apoio deste autor, pois a tese representa outra importante aplicação da teoria da aparência, valorizando-se mais uma vez a boa-fé objetiva nas relações de consumo, em prol dos consumidores. Não se olvide que, muitas vezes, os vulneráveis adquirem produtos e serviços diante da confiança depositada em tais artistas ou celebridades. TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 461.

página pessoal¹⁷⁰. No segundo caso em que o próprio aplicativo faz “às vezes” de agência publicitária, visto que proporciona às empresas montar a sua própria publicidade, tendo ajuda de dispositivos que ajudam a atingir o resultado esperado com o anúncio, como escolher o objetivo da publicidade, o público alvo, escolher o formato de veiculação e a oportunidade de fazer o próprio anúncio dentro da plataforma¹⁷¹, ou seja, o Instagram simplificou o trabalho das agências para a empresa, neste caso, então, o Instagram deve responder objetivamente¹⁷².

No caso da publicidade oculta por exemplo, o que gera a ilicitude é a não identificação da publicidade como tal, a identificação só pode ser feita pela agência, uma vez que ao anunciante cabe somente o *briefing*, ou seja uma noção do que ele quer que seja publicado, podendo ser indicado que ele não deseja a identificação da publicidade, nem pode ser feita pelo veículo de comunicação, visto que ele já recebe a peça pronta e qualquer alteração na peça pode ser entendido como censura¹⁷³. Assim, cabe, primariamente à agência a sua identificação,

¹⁷⁰ Como visto no estudo, a publicidade clandestina pode ser entendida como sendo publicidade enganosa, assim os *publiposts* sem sinalização são dotados de enganiosidade. Sobre a publicidade enganosa, Lúcia Dias denuncia que os veículos de comunicação não podem ser responsabilizados por eventual propaganda enganosa: “Observe-se, ainda, no que tange à responsabilização dos veículos, que nenhuma obrigação a eles poderá ser atribuída em relação ao cumprimento de oferta publicitária eventualmente enganosa. Tal dever, como dissemos, incumbe exclusivamente ao fornecedor-anunciante (art. 3º do CDC), com o qual será estabelecida a relação de consumo, e neste sentido já se pronunciou a jurisprudência pátria. O veículo, por óbvio, não é fornecedor dos produtos ou serviços anunciados e, portanto, não pode ficar sujeito ao cumprimento forçado da oferta publicitária. DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães **Publicidade e direito (ebook)**.3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

¹⁷¹ GERENCIADOR DE ANÚNCIOS. Disponível em: https://www.facebook.com/adsmanager/creation?act=431657134395465&filter_set Acessado em 1 de dezembro de 2019.

¹⁷² Para explicar melhor o porquê da responsabilidade objetiva, seguem as palavras de Lúcia Dias: Desse modo, não nos parece suficiente argumentar, para afastar eventual responsabilização da agência, que ela não é, nos termos dos citados arts. 7º e 25 do CDC, “coautora” da publicidade e dos danos eventualmente gerados ao lado do fornecedor-anunciante. Por estarem diretamente envolvidas com o produto ou serviço e por darem vida e forma à publicidade, são as agências, ao lado do fornecedor-anunciante, também responsáveis objetiva e solidariamente pelos anúncios ilícitos. DIAS, op. cit.

¹⁷³ E no caso das redes sociais serem utilizadas como veículos, possível censura no material poderia prejudicar à rede social, através de boicotes, conforme enunciaram Veronese e Cunha: Assim, a tentativa de proibir soluções regulatórias jurídicas– ou, oriundas de outras fontes. Assim, a tentativa de a circulação de produtos culturais, com base em uma regulação estritamente jurídica proibir a circulação de produtos culturais, com base em regulação jurídica pôde ser boicotada pelos usuários que utilizavam as novas formas de troca de arquivos boicotada pelos usuários que utilizaram novas formas de troca de arquivos digitais, por meio de sistemas “peer to peer” (P2P). VERONESE, Alexandre; CUNHA, Marcelo Barros da. A utilização das marcas alheias nos algoritmos de geração de palavras-chaves: uma análise sobre a jurisprudência do tribunal de justiça da união europeia para pensar sobre o caso brasileiro / l’utilisation de la marque d’autrui dans les générateurs de mots clés: une analyse des décisions de la cour de justice de l’union européenne pour réfléchir sur le cas brésilien / The use of other parties trademarks in algorithms to generate keywords: an analysis of the Court of Justice of the European Union to shed light over the Brazilian case. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 237, ago 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1586>. Acesso em: 02 dez. 2019. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13n2p232-255>.

mesmo que o cliente diga que não quer a identificação, não pode a agência utilizar-se desse argumento para agir de maneira irregular.

Apesar da celebridade ou do influenciador digital não estar presente como responsável pela publicidade no CBAP, não se pode deixar de entender que esse agente é um dos mais importantes para o sucesso das intenções publicitárias e que suas ações são capazes de influenciar um consumidor da maneira positiva ou negativa. Por conseguinte, não é possível afastar a necessidade de responsabilizar alguém que tem o poder de enganar o consumidor com as suas palavras.

O influenciador digital e a celebridade fazem parte da publicidade, pois nenhum outro elemento da peça é tão decisivo para levar o consumidor a compra, no caso específico do influenciador, em razão da confiabilidade que seus seguidores tem no que ele fala, assim se um influenciador apresenta um determinado produto, naturalmente, ele desperta a curiosidade de seu seguidor e, se recomenda este produto, há uma grande chance de que este produto seja adquirido, vista pesquisa em que 73% dos consumidores adquirem um produto por influência de um influenciador digital¹⁷⁴.

Quando o influenciador digital se utiliza da publicidade clandestina como forma de persuadir o seu seguidor a comprar um produto pelo qual o influenciador recebeu benefício para isso, ele sabe que está enganando o consumidor, à medida que, além de ter ciência do seu prestígio perante o consumidor, tal publicação sem sinalização confunde o usuário, que entende se tratar de um ponto de vista do *influencer*¹⁷⁵.

O objetivo do anunciante é exatamente de viciar a vontade do consumidor, visto que, se deixasse claro o seu objetivo de venda, o efeito não seria o mesmo. Por isso, um influenciador, sabendo de todas essas circunstâncias e entendendo o seu papel, quando opta por não ser transparente com o seu público deve ser responsabilizado objetivamente pelas suas ações¹⁷⁶.

¹⁷⁴ **Quem são os maiores influenciadores digitais do Brasil?**. Disponível em: <https://www.institutoqualibest.com/comportamento/os-maiores-influenciadores-digitais/>. Acesso em 3 de outubro de 2019.

¹⁷⁵ A respeito do tema, segue o entendimento de Guimarães: Como vimos, até de forma inconsciente, o consumidor será induzido por aquele comportamento, sendo plenamente previsível à celebridade antever que sua conduta poderá causar tal resultado. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 190.

¹⁷⁶ Sobre esse ponto, assim entende Guimarães: Ora, se a celebridade não está obrigada a participar da publicidade, caso venha a aceitar o “trabalho, deverá prestar as informações de forma a não prejudicar terceiros. O que temos aqui, na verdade, é uma responsabilidade civil pela violação dos deveres secundários da boa-fé, mais especificamente o da confiança na fase pré-contratual, mesmo que ela se refira à conduta de terceiro. GUIMARÃES, op. cit, p. 168.

A responsabilidade do influenciador perante uma publicidade não sinalizada deve ser objetiva visto que, primeiramente, ela é ilícita e entra na modalidade de propaganda enganosa¹⁷⁷.

Também segue o mesmo posicionamento Guimarães, segundo ele, a publicidade enganosa também seguiria os preceitos concernentes aos da responsabilidade objetiva, quer dizer, a ilicitude é baseada na presunção, no risco contido na ilicitude e não das ações realizadas por intermédio de dolo ou culpa¹⁷⁸.

O segundo ponto para classificar como objetiva é que está descrito no art. 36 que é obrigatória a identificação clara e imediata, assim, a publicidade oculta é uma clara violação a este artigo e aos direitos e proteção do consumidor¹⁷⁹. Mediante a teoria do dever de proteção, não é necessário analisar culpa ou dolo do influenciador na hora de não sinalizar, somente o fato de que ele descumpra uma obrigação positivada no CDC é fato suficiente para interpretar a responsabilidade do influenciador como objetiva.

Há, no entanto, corrente que defende a responsabilidade das celebridades como sendo subjetiva. Primeiro é primordial recordar que a responsabilidade objetiva é regra no direito do consumidor, a responsabilidade subjetiva só é admitida quando se trata de atividade de profissional liberal¹⁸⁰.

À primeira vista, o influenciador trabalha como um profissional liberal, pois ele não tem subordinação, trabalha por conta própria. Eles também apresentam a princípio outras características do profissional liberal que é o da vulnerabilidade e a hipossuficiência. Entretanto, não é concebível levar somente a questão da caracterização da atividade liberal para definir a responsabilidade do influenciador.

¹⁷⁷Segundo os ensinamentos de Jacobina, a responsabilidade de uma publicidade enganosa é considerada como sendo objetiva: Também é indiferente, no campo civil, o *elemento subjetivo* da conduta, para o sancionamento da publicidade enganosa. Assim, sempre que o anúncio for capaz de levar o consumidor a erro, mesmo que não tenha sido esta a intenção do anunciante, caracterizada está a ilicitude da publicidade, independente de se perquirir *dolo ou culpa*. O que se exige, para *enganar, inda que uma minoria significativa de consumidores*. JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 92.

¹⁷⁸Assim, para a caracterização da publicidade como enganosa, basta a verificação da sua potencialidade ao engodo, sendo desnecessária a pesquisa de vontade – dolo ou culpa -do fornecedor (anunciante, agência e veículo). GUIMARÃES, op. cit, p. 140.

¹⁷⁹Poder-se-ia eventualmente, para sustenta a tese neste trabalho defendida, trazer a teoria do dever de proteção, conhecida no sistema americano como *duty of protection*. Para essa teoria bastaria, para a obrigação de indenizar, a demonstração da prévia obrigação do ofensor em proteger a vítima contra o evento causado pelo seu ato. GUIMARÃES, op. cit, p. 191.

¹⁸⁰ Explica Rizzato Nunes sobre a conceituação do profissional liberal: As características do trabalho desse profissional são: autonomia profissional, com decisões tomadas por conta própria, sem subordinação prestação do serviço feita pessoalmente, pelo menos nos seus aspectos mais relevantes e principais; feitura de suas próprias regras de atendimento profissional, o que ele repassa ao cliente, tudo dentro do permitido pelas leis e em especial da legislação de sua categoria profissional. NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 13 ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019, p. 413.

O principal aspecto que leva à definição da responsabilidade subjetiva é o entendimento de que o profissional liberal pode ser hipossuficiente, ou seja, não ter o mesmo poder econômico que o anunciante e também pode ser vulnerável, tanto nas questões jurídicas, quanto nos conhecimentos ao produto, porém essa classificação tem em vista a responsabilidade pelo defeito ou vício do produto.

Lembra-se que a responsabilidade do influenciador está sendo medida em relação à publicidade, ou seja, a partir da clandestinidade da mensagem, o poder de persuasão, que naturalmente contém a publicidade, é potencializado nessa modalidade, levando o consumidor ao erro sobre a intenção da mensagem, implicando na aquisição do produto. Portanto, não cabe ao influenciador ser responsabilizado por qualquer vício ou defeito do produto, visto que ele não possui controle sobre o produto ou serviço oferecido, somente sobre o seu poder de influência. Também é o caso das agências e do Instagram, quando cumpre esse papel¹⁸¹.

Mesmo que o influenciador receba dinheiro proveniente da venda dos produtos, ou tenha interesse direto na venda, ele não responderá por vícios ou defeitos dos produtos, visto que, além do ponto comentado no parágrafo acima, somente é responsabilizado pelo fato ou vício do produto aqueles que, efetivamente, concorreram para colocação do produto no mercado, como o fornecedor, importador, fabricante, construtor¹⁸². Além do mais, cabe destacar que no caso de fato de produto, para a responsabilidade deve haver o nexo de causalidade entre o defeito no produto e participação de alguém da cadeia de responsabilidade¹⁸³.

¹⁸¹Cumprir advertir, todavia, que dentro desse espectro de responsabilidade da agência não cabe a ela, evidentemente, o cumprimento de oferta publicitária. Tal responsabilidade, por óbvio, restringe-se exclusivamente ao fornecedor-anunciante, com quem será estabelecida a relação de consumo, nos termos do art. 3º do CDC. Como já dissemos ao longo desta obra, há publicidades que contêm oferta e outras que não veiculam qualquer oferta ou mesmo “informações suficientemente precisas” (art. 30 do CDC). Quando a publicidade revestir-se de uma oferta, importante notar que eventual enganiosidade relativamente a ela (e.g.: qualidade ou quantidade do produto, condições de contratação, forma de pagamento, juros etc.) apenas vincula e obriga o fornecedor-anunciante. A agência não é fornecedora dos produtos ou serviços anunciados e não pode ficar sujeita ao cumprimento forçado da oferta publicitária. DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães **Publicidade e direito (ebook)**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

¹⁸² Nesse sentido, Bruno Miragem: A responsabilidade civil de consumo, como já se afirmou, segue a tendência de uma socialização de riscos, cuja consequência básica é a imputação de responsabilidade objetiva, ou seja, na qual a conduta identificada como passível de ser imputada como responsável não há de ser caracterizada necessariamente como negligente, imprudente, ou mesmo dolosa. Bastará, neste sentido, a demonstração da realização da conduta própria de ter colocado o produto no mercado ou de algum modo ter participado da cadeia de fornecimento do produto em alguma das posições indicadas nas disposições do CDC (fabricante, produtor, construtor, importador, e.g.), e ainda que este produto seja defeituoso, para que estejam preenchidos os pressupostos fáticos concernentes à conduta como elemento da relação de responsabilidade civil de consumo. MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor [livro eletrônico]**. 6 ed em e-book baseada na 8 ed impressa. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2019.

¹⁸³ Por outro lado, não basta a mera colocação do produto no mercado, ou a prestação de um determinado serviço. Também é impositivo, para imputação da responsabilidade, que haja a exata identificação do nexo de causalidade entre o dano causado ao consumidor e aquela dada conduta do fornecedor de oferecimento do produto ou serviço no mercado. Em outros termos, a responsabilidade do fornecedor só se produz na medida em que um determinado dano produzido ao consumidor pode ser vinculado por relação lógica de causa e efeito a certa conduta deste

Assim, conclui-se que além da celebridade não fazer parte da cadeia de fornecedores que colocou o produto no mercado, não é o influenciador que dá causa ao defeito, nem aquele que efetivamente fornece o produto que causará o dano.

Outro ponto curioso está no fato de que a responsabilidade do comerciante nos casos de fato de produto foi entendida como subsidiária nos termos do art. 13 do CDC, em que o comerciante somente responde quando não for possível a identificação dos demais responsáveis, bem como o produto for perecível¹⁸⁴.

Tomando o exemplo do comerciante, ele também pode ser aplicado no contexto dos influenciadores, uma vez que eles não poderiam ser responsáveis, em razão de não serem eles aqueles que fazem os produtos e, conseqüentemente, não poderiam exercer fiscalização ou controle sobre a constituição do produto, além do mais, o influenciador não conta com estoque de produtos como o comerciante para poder reparar o consumidor.

Ainda, sobre a necessidade de reparar o dano, o §1º do art. 18 do CDC¹⁸⁵ traz, as possibilidades dadas ao consumidor para ressarcir o vício do produto, porém o influenciador não conta com ferramentas necessárias para satisfazer a vontade do consumidor, principalmente, em relação ao inciso I¹⁸⁶. Logo, não é possível opor a responsabilidade pelo fato ou produto ao influenciador que faz propaganda comercial de mercadoria.

fornecedor no mercado de consumo. Este elo só vai se produzir com a existência de um defeito, ou seja, uma falha no processo econômico que abrange desde a concepção do produto ou serviço até sua disposição e utilização pelo consumidor, com o comprometimento da segurança que legitimamente dele se espera. MIRAGEM, op. cit.

¹⁸⁴Tratando-se de responsabilidade pelo *fato do produto*, todavia, o art. 12 do Código responsabiliza somente o *fabricante, o produtor, o construtor e o importador*. O *comerciante* foi excluído em via principal porque ele, como já destacado, nas relações de consumo em massa, não tem nenhum controle sobre a segurança e qualidade das mercadorias. Recebe os produtos fechados, embalados, enlatados, como ocorre, por exemplo, nos super e hipermercados, nas grandes lojas de departamentos e drogarias, e assim os transfere aos consumidores. Em suma, o comerciante não tem poder para alterar nem controlar técnicas de fabricação e produção. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 605.

¹⁸⁵ Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço.

¹⁸⁶Bessa ressalta os que podem ressarcir o vício do produto são aqueles que fabricam ou colocam o produto no mercado: Isto significa que a pretensão do consumidor em relação à substituição do produto, à devolução do valor pago ou ao abatimento proporcional do preço, além das perdas e danos (§ 1.º do art. 18), pode ser dirigida tanto ao comerciante, como ao fabricante ou a qualquer outro fornecedor intermediário que tenha participado da cadeia de produção e circulação do bem (importador, distribuidor etc.). BENJAMIN; Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual do direito do consumidor (livro eletrônico)**. 4e. em e-book, baseada na 8ed. Imprensa- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

A respeito de o influenciador receber porcentagem nas vendas, essa vantagem faz parte de sua remuneração relacionada à sua prestação de serviço, que no caso é a publicidade em si, e como já foi visto, quanto à publicidade o influenciador é objetivamente responsável¹⁸⁷. Porém, se ele for dono de sua própria marca de produtos, como de cosméticos, por exemplo, em razão de pertencer à cadeia de fabricação e circulação, ele deverá ser responsabilizado por fato ou vício de produtos, já que dono de uma marca, ele passa ao papel de anunciante (fornecedor), que como já foi visto é inteiramente responsável, não só pelo anúncio, mas pelo produto em si.

Além disso, o influenciador não foi contratado pelo consumidor e sim pelo anunciante, o consumidor e o influenciador tem relação de confiança, lealdade e transparência, não é o consumidor que remunera o influenciador, este é o anunciante. Logo, como explicitado, as questões de vulnerabilidade e hipossuficiência só poderiam ser analisadas a partir da relação entre consumidor e anunciante, já que é para esta pessoa que está sendo prestado um serviço.

Quando se trata da publicidade, o influenciador tem um papel que a celebridade não tem. Não existe, na relação anunciante – influenciador, o intermédio de uma agência publicitária que elabora a peça, essa função é feita pelo anunciante ou influenciador, este pode redigir a peça para deixa-la mais parecida com o seu discurso para, mais uma vez, levar o consumidor a acreditar que se trata de um pensamento seu e não de uma publicidade com um texto engessado. O influenciador participa ativamente da construção da peça, já que os seus proventos vêm em decorrência dessa atividade¹⁸⁸.

Com o advento da Internet e a popularização de aparelhos como celulares, câmeras de vídeo e fotográficas e computadores, os influenciadores passaram a ter acesso às tecnologias e ao conhecimento que somente as agências publicitárias detinham¹⁸⁹, podendo, portanto, exercer a função das agências de produção do texto e de imagem, já que as fotos ou vídeos dos

¹⁸⁷A tese de responsabilização de tais pessoas é defendida pelo magistrado e professor Paulo Jorge Scartezini Guimarães, contando com o apoio de outros doutrinadores, caso de Herman Benjamin e Fábio Henrique Podestá, especialmente quando tais celebridades recebem porcentagem pelas vendas realizadas. TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 461.

¹⁸⁸ O Instagram não é como o youtube em que a partir de determinado número de visualizações, o influenciador consegue monetizar os seus vídeos e se manter com essa renda. No Instagram a única maneira de renda é através da venda de postagens, ou seja, uma marca compra de um influenciador uma determinada quantidade de *posts*, nos quais o influenciador fará anúncios sobre essas marcas. Segundo Matt Crump: um influenciador costuma cobrar por uma postagem, de acordo com o número de seguidores que ele tem, enquanto quem tem de cinco mil à dez mil seguidores, costuma cobrar de cem a quinhentos dólares, aqueles que tem mais de um milhão de seguidores, costumam cobrar mais de dez mil dólares por postagem. CARBONE, Lexie. **This is how much Instagram influencers really cost**. Disponível em: <https://later.com/blog/instagram-influencers-costs/> Acesso em: 23 de novembro de 2019.

¹⁸⁹Com a popularização da Internet e, principalmente, com a ascensão das mídias sociais, muitos consumidores passaram a ter acesso às tecnologias relacionadas aos meios de produção, incluindo hardware, software e o conhecimento sobre a comunicação persuasiva. RABELO, Cláudio. **Faixa preta em publicidade e propaganda: um guia com os novos conceitos, contextos e ferramentas**. Vitória: GSA, 2018, p. 78.

publiposts, em sua grande maioria, são feitos pelos próprios influenciadores. Há somente reunião entre as marcas, com os influenciadores e os seus representantes, caso os influenciadores sejam ligados à alguma agência de gerenciamento de carreira, para ajustar os termos da parceria, bem como um breve roteiro do que é preciso ser destacado na publicidade, muitas vezes deixando à criatividade do influenciador o produto final da peça publicitária¹⁹⁰.

Os influenciadores, nessa situação, então, fazem o papel das agências quanto à produção da peça publicitária¹⁹¹, visto que são eles os responsáveis por fazer os vídeos e as fotos e, em algumas situações são responsáveis pela escrita do o texto¹⁹², assim, nesse caso, todo o conteúdo da publicidade ficaria sobre o seu cuidado. Assim, reforça-se a ideia de que a responsabilidade dos influenciadores seja objetiva, visto que além dos tópicos anteriormente abordados, ele também pode assumir o papel de agência, que também é amplamente responsável por qualquer antijuridicidade advinda da publicidade¹⁹³¹⁹⁴.

Assim, fica claro que os influenciadores têm recursos a mais que as celebridades, que são os rostos de alguma marca não tem, enquanto os primeiros podem trabalhar criando ou

¹⁹⁰As tecnologias da propaganda que inicialmente serviam, como mencionei à igreja e aos impérios, e em um segundo momento às grandes corporações, contemporaneamente são apropriadas pelas chamadas *me brands*, as pessoas comuns que adoram comportamentos de marcas e gerenciam a suas próprias imagens como se fossem produtos, ou até mesmo passam a criar as suas próprias marcas utilizando as linguagens, tecnologias, meios e estudos sobre os públicos, assim como fazem os publicitários. RABELO, Cláudio. **Faixa preta em publicidade e propaganda: um guia com os novos conceitos, contextos e ferramentas**. Vitória: GSA, 2018, p. 79.

¹⁹¹Montada a estratégia publicitária, chega-se à terceira e última fase, que é a de criação da mensagem. Nesse ponto, embora a agência vá ater-se ao *briefing* elaborado pelo anunciante e à estratégia por ela própria colocada, deve salientar-se que o trabalho final é resultado de puro labor artístico do publicitário, caracterizando criação do espírito, não obstante a agência costume pedir a aprovação do anunciante com relação ao conteúdo da mensagem publicitária. Paralelamente ao trabalho de criação, a agência analisa e elabora a mídia a ser empregada na campanha, levando em conta os meios mais adequados para que a mensagem publicitária atinja seus objetivos. LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org). **Doutrinas essenciais de responsabilidade civil [livro eletrônico]**. Vol 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁹²MIRANDA, Juliana. **Publipost: o presente e o futuro do marketing de influência**. Disponível em: <http://www.clicktextos.com.br/72-noticia-publipost-o-presente-e-o-futuro-do-marketing-de-influencia> Acesso em 5 de novembro de 2019.

¹⁹³ Esse é o entendimento de Maria Elizabete Vilaça Lopes: Não vemos como afastar a responsabilidade quanto à agência, que cria a mensagem publicitária. Aliás, pode ocorrer até que o trabalho final se distancie totalmente do briefing, passado a ela pelo anunciante, que, não obstante, não se exime de responsabilidade, uma vez que aprova com antecedência a mensagem a ser veiculada. LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org). **Doutrinas essenciais de responsabilidade civil [livro eletrônico]**. Vol 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

¹⁹⁴Ademais, a publicidade parece entrar no *risco-proveito* ou no *risco do empreendimento* da agência e do veículo, que devem responder solidariamente pela comunicação. Por tais argumentos, entendemos que, havendo uma publicidade ou oferta que causou danos aos consumidores, em regra e sem qualquer distinção, respondem solidariamente o veículo de comunicação, a empresa que a patrocinou e todos os responsáveis pelo seu conteúdo (agência de publicidade e seus profissionais). TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 7. Ed. Rio de Janeiro : Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 455.

aprimorando a peça, o segundo geralmente, segue o roteiro criado por uma agência publicitária do que ele deve falar.

A responsabilidade objetiva no CDC é fundada na teoria do risco-proveito, ou seja, em decorrência das vantagens e benefícios que recebem os influenciadores para a realização da publicidade¹⁹⁵, estes devem responder sob a forma objetiva e não sob culpa ou dolo¹⁹⁶.

Assim, a responsabilidade dos influenciadores não deve ser classificada somente em relação a se sua atividade é ou não a de um profissional liberal, deve-se atentar para outros aspectos já mencionados como o risco de sua atividade, bem como o seu dever de proteção. Ao publicar um *post* sem a devida sinalização, o influenciador sabe que está agindo de maneira contrária a lei e que suas postagens trará consequências, ou seja, ele já age com dolo desde sua origem, ele sabe muito bem que sua ação é ilícita mas deseja prosseguir, pois está ganhando remuneração para isso, não há como medir a culpa ou dolo de sua ação, se a sua natureza já é proibida e tem como objetivo enganar o consumidor.

Não é porque a responsabilidade não necessita da culpa para a sua comprovação que em todos os casos será responsabilizado o influenciador, a partir das noções de excludentes da responsabilidade das celebridades¹⁹⁷, tal excerto pode ser estendido aos influenciadores digitais.

Deve-se fazer um destaque que no caso da responsabilização penal do influenciador, esta responsabilidade é subjetiva¹⁹⁸.

Abaixo segue quadro resumo a respeito das responsabilidades de cada um dos participantes na construção e transmissão da publicidade clandestina feita no Instagram:

¹⁹⁵ Tal é o entendimento de Guimarães sobre esse assunto: A responsabilidade objetiva funda-se em um princípio de equidade, existente desde o direito romano, no sentido de que aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pela desvantagem dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus ubi commoda, ibi incommoda*). Essa visão, ao nosso ver, é de extrema importância, pois nem todo dano causado obriga seu autor, independentemente da análise de culpa, a repará-lo. Só se aplicaria essa teoria quando o ofensor, com sua conduta, teve a possibilidade de obter uma vantagem, econômica ou não. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 198-199.

¹⁹⁶ Nesse sentido, Guimarães: As pessoas que se pretende responsabilizar tiveram proveitos de sua atividade (seja proveito econômico ou outro qualquer), deverão elas assumir os riscos de sua atividade. GUIMARÃES, op. cit, p. 202.

¹⁹⁷ Poderá o requerido no exercício de sua defesa, alegar a não participação na publicidade (por exemplo, a participação de um sócia sem a sua concordância); poderá alegar a inexistência do vício do produto ou serviço, ou seja, que a publicidade não é enganosa ou abusiva; também terá como defesa a alegação da inexistência do dano nas hipóteses em que não há uma presunção absoluta de sua ocorrência e, por último, de não existir nexo de causalidade entre o dano e sua conduta. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 211.

¹⁹⁸ Nesse sentido Guimarães: É verdade que aqui a responsabilidade será analisada com base no elemento subjetivo, mas, de qualquer forma, havendo condenação penal, esta surtirá reflexos no juízo civil. GUIMARÃES, op. cit, p. 210.

Anunciante	Responsabilidade objetiva em relação à publicidade e ao fato e vícios dos produtos ou serviços.
Instagram	<ul style="list-style-type: none"> - Não é responsabilizado quando o “<i>publipost</i>” é postado pelo influenciador em seu perfil pessoal. - É responsável objetivamente pela publicidade, quando esta é feita através de sua ferramenta “Instagram Ads”. - Não é responsável por fato ou serviço do produto.
Influenciador Digital	<ul style="list-style-type: none"> - É responsável objetivamente pela publicidade. - Não é responsável por fato ou vício do produto e do serviço, salvo quando é dono de uma marca de produtos ou serviços.

FIGURA 2 – Tabela de responsabilidade civil.

CONCLUSÃO

A publicidade é ferramenta, dotada de caráter persuasivo, utilizada por empresas para fazer com que o público em geral adquira um produto ou um serviço indicado. É um serviço amplamente conhecido e utilizado no mundo inteiro, visto a sua enorme eficácia. Diariamente, o ser humano entra em contato com diversas formas diferentes de publicidade, como os *outdoors*, panfletos, publicidades em páginas de jornais e de revistas, bem como os reclames apresentados entre a programação dos canais de televisão e, agora, os diversos tipos de publicidade na Internet, como os *publiposts* realizados em redes sociais como o Instagram.

A publicidade é reconhecida como uma prática comercial e tem a sua circulação livre e garantida nos meios de comunicação desde que sejam respeitadas as normas impostas à publicidade, isso porque mesmo respeitando a liberdade artística, de manifestação e respeito ao trabalho, não pode a publicidade ser isenta de regulação visto que sua atividade gera resultados que impactam tanto na concorrência, quanto no consumidor, duas figuras que são protegidas

pela Constituição Federal, assim, deve ser imposto limites à publicidade a fim de que nenhuma das duas figuras criadas incorram em prejuízo.

Como visto, o sistema de regulamentação da publicidade no Brasil é entendido como misto, onde o consumidor pode se socorrer de duas esferas, uma privada e uma pública, quando há a violação de seus direitos. O CONAR, guardião do CBAP, é responsável, hoje, pela maioria dos casos de infração às normas da publicidade, o problema dessa esfera privada é que apesar de ter um grande número de casos julgados, como o código não detém força normativa, suas decisões ficam somente no âmbito das recomendações, não podendo usar da coercitividade presente no poder judiciário para o cumprimento da decisão. Portanto, recorre-se ao CDC, para utilizar suas normas, bem como interpretar os casos usando os princípios como base, poder aplicar sanções em caso de ocorrência de publicidade ilícita.

O estudo centrou-se em um caso clássico de publicidade ilícita, a publicidade clandestina, porém aqui ela ganhou novos contornos, em razão da evolução das tecnologias. A preocupação que motivou esse trabalho foi o fato de que com o surgimento das redes sociais, mais precisamente do Instagram, uma nova forma de publicidade foi lançada ao mercado e ao público, o chamado *publipost*, que consiste na publicidade feita por personagens de muita relevância na Internet, os influenciadores digitais. Nesse novo formato de publicidade, os influenciadores fazem fotos ou vídeos anunciando aos seus seguidores um produto ou um serviço.

O problema nos *publiposts* é que por se tratar de uma nova modalidade, sem a devida fiscalização, começaram a tomar conta das plataformas centenas de *publiposts* que não eram sinalizados como uma publicidade, violando o disposto no art. 36 do CDC. Isto ocorreu pelo fato de que as empresas começaram a notar que sempre que um influenciador utilizava sua plataforma para elogiar, criticar ou compartilhar com seus seguidores um produto ou uma experiência vivida, seus atos tinham um enorme impacto sobre o bem ou serviço analisado, os anunciantes viram nos influenciadores, um potencial de venda semelhante à aquele que a celebridade dispõe, porém, esse poder era potencializado nos influenciadores por conta de serem pessoas comuns, mero consumidores, sem patrocínio relatando suas vivências.

Assim, os influenciadores assumiram o papel das celebridades e começaram a ser os porta-vozes de uma determinada marca, a questão foi quando essas pessoas, contrariando a lealdade e transparência que são obrigadas a terem com o consumidor, deixaram de sinalizar aos seus seguidores que determinada postagem se tratava de uma publicidade na verdade.

O ponto é que, por se tratar de um novo modo, muitos dos usuários podem não estar acostumados e não conseguem associar fácil e rapidamente que aquela publicação é uma

publicidade, assim, acreditam que se trata somente de uma publicação em que o influenciador está dando um depoimento real a respeito de um produto que testou, gostou e está recomendando, contribuindo para que o consumidor incorra em erro sobre a verdadeira intenção da mensagem, levando ao vício de sua vontade.

Por isso, em razão da influência que esse influenciador exerce sobre seu público, é que o estudo foi centrado na análise a responsabilidade que esse influenciador teria perante o consumidor quando pratica um ato ilícito ao deixar de sinalizar uma publicidade.

A primeira conclusão do trabalho, antes até do exame da responsabilidade civil, foi o de que a publicidade clandestina pode ser entendida como uma publicidade enganosa. Entendeu-se que apesar do dispositivo que enuncia a publicidade enganosa tratar somente de enganabilidade sobre os dados fáticos dos produtos e serviços, ela vai além disso, a transmissão da mensagem também pode conter elementos que podem enganar ao consumidor, como, no exemplo geral do caso, quando um influenciador deixa de sinalizar a publicidade, seu seguidor entende que aquela publicação se trata de uma postagem corriqueira sobre a opinião sincera sobre um determinado produto, levando-o a realizar a compra a partir da influência exercida sobre ele, se ele tivesse sido avisado de que aquilo era uma publicidade, ele poderia usar de seu senso crítico para analisar se a fala era verdadeira ou não e se deveria confiar e adquirir o produto. Portanto, a forma como a mensagem foi passada teve condão de enganar o consumidor, que como teve sua vontade viciada adquiriu um produto, que se tivesse acesso a uma publicidade transparente, não teria adquirido.

A respeito da responsabilidade, a classificação tornou-se complicada por dois motivos, o primeiro é que não há nenhuma menção à responsabilidade de veículos, agências e celebridades, partícipes da publicidade, no CDC, que somente regula a responsabilidade do anunciante, na figura do fornecedor e, por outro lado, por haver três correntes de pensamentos divergentes sobre qual seria o tipo de responsabilidade adotada.

O primeiro entendimento que se tem é que mesmo que o CDC não mencione a responsabilidade dessas pessoas, elas devem sim ser responsabilizadas, visto que sua participação no desenvolvimento e veiculação da publicidade é fundamental, além do mais o CBAP admite a responsabilização de agência e veículo, podendo ser usada de modo subsidiário na esfera pública.

Passando para o exame da responsabilidade, tem-se três correntes diferentes tratando desse aspecto, a primeira defende que a única pessoa que pode ser responsável é o anunciante, já as outras duas correntes entendem que todos são responsáveis, porém uma entende a responsabilidade como objetiva e a outra como subjetiva.

Como o trabalho tratou dos *publiposts* no Instagram, as figuras analisadas foram o anunciante, o Instagram e o influenciador digital, visto que este e a empresa decidem todos os fatores da publicidade sem o intermédio da agência. Entendeu-se que todos tem responsabilidade, mas cada um tem um tipo específico.

Quanto ao anunciante, conforme todas as correntes, ele é responsabilizado de maneira objetiva. O Instagram apresenta dois meios distintos de publicidade, um que não tem contato e controle com a postagem e, por isso, nesse caso não pode ser responsabilizado, assim como proferido pelo Resp 604.172/SP, porém no caso em que o Instagram faz as vezes de uma empresa de marketing, ajudando ativamente na elaboração da publicidade e nos demais estudos de marketing, ele deve ser responsabilizado objetivamente. Já no caso do influenciador digital, também se compreendeu pela responsabilidade objetiva, por mais que o influenciador possa ser entendido como profissional liberal, existem outros aspectos como, o fato da publicidade enganosa caracterizar a responsabilização de maneira objetiva; o dever de proteção que diz que independe de dolo ou culpa a responsabilização, a ocorrência da violação de um direito já enseja a proteção automática, no caso, a falta de sinalização é uma clara violação ao princípio da identificação publicitária presente no art. 36 do CDC e por último, em razão da responsabilidade objetiva no CDC, além de ser entendida como regra, tem base na teoria do risco-proveito em que, a responsabilidade sem análise de culpa, se justifica pelos benefícios recebidos e, por isso, como a renda de um influenciador vem exatamente dessas publicidade que ele faz, ele deve assumir o risco quando opta por realizar uma publicidade ilícita.

Lembrou-se que os influenciadores, bem como os outros participantes, não têm responsabilidade por qualquer defeito ou vício no produto, salvo se os *influencers* são donos da marca que estão transmitindo, elas não podem ser acionadas para resolver esses problemas, sua responsabilidade é perante a publicidade e não o produto em si, além de haver excludentes de responsabilidade. Por fim, se admite que a celebridade pode ter além, da responsabilização civil, a penal e a administrativa.

Abaixo, apresenta-se quadro resumo a respeito da responsabilidade daqueles envolvidos na publicidade clandestina feita no Instagram:

Anunciante	Responsabilidade objetiva em relação à publicidade e ao fato e vícios dos produtos ou serviços.
------------	---

Instagram	<ul style="list-style-type: none"> - Não é responsabilizado quando o <i>publipost</i> é postado pelo influenciador em seu perfil pessoal. - É responsável objetivamente pela publicidade, quando esta é feita através de sua ferramenta “Instagram Ads”. - Não é responsável por fato ou serviço do produto.
Influenciador Digital	<ul style="list-style-type: none"> - É responsável objetivamente pela publicidade. - Não é responsável por fato ou vício do produto e do serviço, salvo quando é dono de uma marca de produtos ou serviços.

Ainda, foi tratado a respeito de como estão sendo feitas as sinalizações no momento, por meio das *hashtags* #ad e #publi, constatando, que em razão da proteção do homem-médio, nenhuma dessas duas formas de sinalizações são suficientes para se adequar à clareza e a rapidez na identificação que o art. 36 do CDC requer que a publicidade tenha. Como sugestão, foi recomendado o uso da palavra publicidade no lugar das *hashtags*, além de um melhor posicionamento nos vídeos ou legenda da palavra.

Destarte, os *publiposts* são uma nova configuração de publicidade, que vem apresentando êxito nos seus objetivos, porém não pode ser usado o artifício de ser um formato novo para não seguir as lições contidas no ordenamento jurídico nacional, qualquer ilicitude deve ser julgada perante os órgãos competentes, responsabilizando anunciantes, agências publicitária, o Instagram e os influenciadores digitais.

REFERÊNCIAS

ARTIGOS

BARROS, João Pedro Leite. **O excesso de informação como abuso de direito (dever)**. In: QUEIROZ, Luiz Fernando. Revista Luso-Brasileira de direito de consumo. V.1. n. 1. Curitiba: Bonijuris, 2011.

_____. **Social damages – portuguese and brazilian perspectives**. In: MIRANDA GONÇALVES, Rubén, VEIGA, Fábio da Silva e MAGALHÃES, Maria Manuela (editores). Derecho, gobernanza e innovación: dilemas jurídicos de la contemporaneidad en perspectiva transdisciplinar. Porto: Universidade Portucalense, 2017.

BITTENCOURT, Luciana Gomes. **Os limites jurídicos da publicidade nas relações de consumo brasileiras: as manipulações de desejo nas relações pré-contratuais consumeristas**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22585/os-limites-juridicos-da-publicidade-nas-relacoes-de-consumo-brasileiras-as-manipulacoes-de-desejo-nas-relacoes-pre-contratuais-consumeristas/4> Acessado em 25 de novembro de 2019.

BONAT, Débora; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Reflexões sobre a ponderação do direito de igualdade em face ao princípio da propriedade e da livre iniciativa: um exame da ADI n. 2649/DF**. Revista Quaetio Iuris, vol 09, n. 03, Rio de Janeiro, 2016.

GARCIA, Camila Nicastro. **Publicidade e direito à informação no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-45/publicidade-e-direito-a-informacao-no-codigo-de-defesa-do-consumidor/> Acesso em 23 de novembro de 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do código de defesa do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM; Bruno (org). **Doutrinas essenciais do direito do consumidor**. vol. 3, 1 ed, São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Os direitos do Consumidor e a regulamentação do uso da internet no Brasil: convergência no direito à informações claras e completas nos contratos de prestação de serviços na internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014. P. 469-517. https://www.academia.edu/33555051/MARQUES_Cláudia_Lima_KLEE_Antonia_Esp%C3%ADndola_Longoni_Consumidor_e_Internet. Acessado em: 13 de novembro de 2019.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM; Bruno (org). **Doutrinas essenciais do direito do consumidor [livro eletrônico]**. vol. 2. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2014

_____. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. In: : MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM; Bruno (org). **Doutrinas essenciais do direito do consumidor [livro eletrônico]**. vol. 5. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2014.

MUNIZ, Eloá. Publicidade e propaganda: origens históricas. Disponível em: <https://www.eloamuniz.com.br/arquivos/1188171156.pdf> Acessado em: 6 de novembro de 2019.

SANTOS, Anderson Inácio dos; CÂNDIDO, Danielle. **Por um conceito de Propaganda e Publicidade: divergências e convergências.** Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação 40o Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Curitiba - PR – 04 a 09/09/2017. Disponível em: <http://portalintercom.org.br/anais/nacional2017/resumos/R12-1973-1.pdf>

VERONESE, Alexandre; CUNHA, Marcelo Barros da. A utilização das marcas alheias nos algoritmos de geração de palavras-chaves: uma análise sobre a jurisprudência do tribunal de justiça da união europeia para pensar sobre o caso brasileiro / l'utilisation de la marque d'autrui dans les générateurs de mots clés: une analyse des décisions de la cour de justice de l'union européenne pour réfléchir sur le cas brésilien / The use of other parties trademarks in algorithms to generate keywords: an analysis of the Court of Justice of the European Union to shed light over the Brazilian case. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 237, ago 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1586>. Acesso em: 02 dez. 2019. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13n2p232-255>.

VERONESE, Alexandre; CUNHA, Marcelo Barros da. **Desafios do comércio eletrônico no Brasil: integração vertical entre fornecedores e meios de pagamentos, proteção de dados pessoais e cooperação regulatória internacional.** Vol. 4. No 2. UNIO – EU Law Journal, 2018. Disponível em: https://scholar.google.com.br/citations?user=Dx44aZcAAAAJ&hl=pt-BR#d=gs_md_cita-d&u=%2Fcitations%3Fview_op%3Dview_citation%26hl%3Dpt-BR%26user%3DDx44aZcAAAAJ%26cstart%3D20%26pagesize%3D80%26citation_for_view%3DDx44aZcAAAAJ%3A03NaXmp0MMsC%26tzom%3D180 Acesso em 29 de novembro de 2019.

VERONESE, Alexandre; MELO, Noemy. **A proposta brasileira de proteção de dados pessoais e comparação ao novo regulamento europeu.** In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (org). Revista de Direito Civil Contemporâneo. N. 5. V. 14. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2018.

JURISPRUDÊNCIA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 1.391.084/RJ.** Terceira Turma, j. 26.11.2013, Relator. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 25.02.2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp> Acessado em 1 de dezembro de 2019.

_____. **Recurso Especial 604.172/SP.** Relator. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Terceira Turma, julgado em 27/03/2007, DJ 21/05/2007. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp> acesso em 1 de dezembro de 2019.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República federativa do Brasil**. Diário Oficial da União: 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 23 de novembro de 2019.

_____. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (1978)**. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php> Acessado em: 20 de agosto de 2019.

_____. **Estatuto Social do CONAR**. 2018. Disponível em: <http://www.conar.org.br/pdf/estatuto-social-conar.pdf>. Acessado em: 20 de agosto de 2019.

_____. **Lei no. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acessado em: 20 de agosto de 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Página Inicial / Atividade Legislativa / Projetos de Lei e Outras Proposições / Projeto de Lei 10919/2018**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184914>. Acessado em: 8 de outubro de 2019.

ESPAÑA. **Ley 34/1988 - Ley General de la Publicidad**. 1988. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-26156>. Acesso em 8 de setembro de 2019.

EUROPA. **Diretiva 89/552 da Comunidade Econômica Europeia**. 1989. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A31989L0552> Acessado em 8 de setembro de 2019.

PORTUGAL. Código da Publicidade, através do Decreto-Lei 330/90. 1990. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34537375/view> Acesso em 7 de setembro de 2019.

REINO UNIDO. **Lei 2008 n° 1277**. The consumer protection from unfair trading regulations 2008. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2008/1277/schedule/1/paragraph/11/made>). Acessado em: 4 de outubro de 2019.

_____. **Marketing and Advertising. The law**. Disponível em: <https://www.gov.uk/marketing-advertising-law/advertising-codes-of-practice>. Acessado em: 4 de outubro de 2019.

_____. **Recognition of marketing communications**. Comittee of Advertising Practice. Disponível em: https://www.asa.org.uk/type/non_broadcast/code_section/02.html Acessado em 4 de outubro de 2019.

LIVROS

ADLER, Richard P.; FIRESTONE, Charles M. **A conquista da atenção: A publicidade e as novas formas de comunicação**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel, 2002.

BENJAMIN; Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual do direito do consumidor (livro eletrônico)**. 4e. em e-book, baseada na 8ed. Imprensa- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019

DEL MASSO, Fabiano. **Direito do consumidor e Publicidade Clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães **Publicidade e direito (ebook)** .3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

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

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org). **Doutrinas essenciais de responsabilidade civil [livro eletrônico]**. Vol 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MALANGA, Eugênio. **Publicidade: uma introdução**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1979,

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor [livro eletrônico]. 6 ed em e-book baseada na 8 ed impressa. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2019.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 13 ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade - no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SANTOS, Gilmar. **Princípios da publicidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

RABELO, Cláudio. **Faixa preta em publicidade e propaganda: um guia com os novos conceitos, contextos e ferramentas**. Vitória: GSA, 2018

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 7. Ed. Rio de Janeiro : Forense; São Paulo: Método, 2018.

TORRES, Cláudio. **A bíblia do marketing digital: tudo o que você queira saber sobre marketing e publicidade na internet e não tinha a quem perguntar.** São Paulo: Novatec Editora, 2009.

VERONEZZI, José Carlos. **Mídia de A a Z: conceito critérios e formulas dos 60 principais termos de mídia.** 3 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009.

MATÉRIA DE JORNAL

NASCIMENTO, André. **Amiga diz que jovem morta após tomar remédio para emagrecer sentia dores diariamente.** Disponível em: <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2018/11/12/amiga-diz-que-jovem-morta-apos-tomar-remedio-para-emagrecer-sentia-dores-diariamente.ghtml> Acessado em 4 de setembro de 2019.

MATÉRIAS DA INTERNET

ALBUQUERQUE, Amanda. **Quanto ganha um influencer?.** Disponível em: <https://rockcontent.com/blog/quanto-ganha-um-influencer/> Acessado em 17 de novembro de 2019.

BIJORA, Helito. **Como destacar stories no instagram.** Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/2017/12/como-usar-o-instagram-stories-highlight-e-salvar-fotos-e-videos.ghtml> acesso em: 2 de novembro de 2019.

CARBONE, Lexie. **This is how much Instagram influencers really cost.** Disponível em: <https://later.com/blog/instagram-influencers-costs/> Acesso em: 23 de novembro de 2019.

CARDOSO, Beatriz. **Instagram Stories faz 2 anos; veja a evolução da ferramenta.** Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/08/instagram-stories-faz-2-anos-veja-a-evolucao-da-ferramenta.ghtml> Acesso em 2 de novembro de 2019.

DINO. **Multinacionais deixam de investir em TV e apostam tudo no digital.** Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/dino/multinacionais-deixam-de-investir-em-tv-e-apostam-tudo-no-digital-shtml/>. Acessado em 02 de dezembro de 2019

DUARTE, Fernando. **Brasil é “vice” em tempo gasto em redes em ranking dominado por emergentes.** Disponível em: <https://f5.folha.uol.com.br/nerdices/2019/09/brasil-e-2o-em-ranking-de-paises-que-passam-mais-tempo-em-redes-sociais.shtml> Acessado em 6 de novembro de 2019.

Instagram Stories como aproveitar a funcionalidade e potencializar campanhas. Disponível em: <https://blog.inboundsoul.com/instagram-stories-como-aproveitar-as-funcionalidades-e-potencializar-campanhas> Acesso em: 20 de setembro de 2019.

Instagram - 2019. Estudo mostra quantas horas os jovens passam nas redes sociais. Disponível em: <https://www.cuponation.com.br/insights/instagram-2019>. Acesso em 5 de novembro de 2019.

JULIO, Karina Balan. **Sinalização de conteúdo pago no Instagram aumentou 56% em 2018.** Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/midia/2019/05/08/em-um-ano-instagram-teve-alta-de-56-em-conteudos-patrocinaados.html> Acesso em: 19 de outubro de 2019.

KANAVAGH, Duncan. **Teenagers and Social Media: What Every Marketer Should Know.** Disponível em: <https://blog.globalwebindex.com/trends/teenagers-and-social-media/> Acesso em: 13 de novembro de 2019.

MIRANDA, Juliana. **Publipost: o presente e o futuro do marketing de influência.** Disponível em: <http://www.clicktextos.com.br/72-noticia-publipost-o-presente-e-o-futuro-do-marketing-de-influencia> Acesso em 5 de novembro de 2019.

Quem são os maiores influenciadores digitais do Brasil?. Disponível em: <https://www.institutoqualibest.com/comportamento/os-maiores-influenciadores-digitais/>. Acesso em 3 de outubro de 2019.

SECOM. **Relatório final pesquisa brasileira de mídia PBM – 2016.** Disponível em: <http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2016.pdf/view>. Acesso em 2 de outubro de 2019.

SECOM. **Relatório final pesquisa telefônica – redes sociais (fev 18).** Disponível em: <http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/relatorio-final-pesquisa-telefonica-redes-sociais-fev-18/view> Acessado em 18 de agosto de 2019.

XAVIER, Thiago. **Instagram Ads: aprenda como anunciar no instagram e conquiste resultados incríveis.** Disponível em: <https://rockcontent.com/blog/instagram-ads/> Acesso em 18 de agosto de 2019.

PÁGINAS DA INTERNET

CONAR. **Página Inicial.** Disponível em: <http://www.conar.org.br> Acessado em: 20 de agosto de 2019.

FACEBOOK. **Gerenciador de anúncios.** Disponível em: https://www.facebook.com/adsmanager/creation?act=431657134395465&filter_set Acessado em 1 de dezembro de 2019.

GOOGLE. **Dicionário.** Disponível em: <https://www.google.com/search?q=dicionario+google&oq=dicionario+google&aqs=chrome..69i57j0l5.6223j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8#dobs=marketing> . Acessado em 1 de novembro de 2019.

PRINTS DO INSTAGRAM

FALCONI, Bella. Candy Color vibes! Amei muito essas novas garrafinhas térmicas da [@bagaggio](#) que mantém os líquidos gelados por 24h (isso mesmo!) e quentes por 12h. Demais né?? Perfeito para sucos, água, café, chá e o que mais você quiser! Arrasta pro lado para ver! São muitas cores, mas essas duas são as minhas favoritas [#bagaggio](#) [#garrafatermica](#). Instagram. 2019. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/B4Xqt35FNUP/> Acessado em 23 de novembro de 2019.

FIGUEIREIDO, Christian. tenho uma novidade pra vocês, o aplicativo BUSER te dá de presente a primeira viagem e você só paga a volta! e se você já é cliente pode compartilhar seu código e ganhar "buedas" corre pro site www.buser.com.br, ou baixa o app e se cadastra e já pode fazer a sua reserva. [#buser](#) [#buserlovers](#) [#buserlegal](#) [#ad](#) Instagram. 2019. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/B1M021iH5lg/> Acessado em 23 de novembro de 2019.

KAYANE, Géssica. O JEITO DE TOMAR SUCO TÁ DIFERENTE! Aposto que vocês vão correr pegar um copo pra tentar fazer isso! Na correria do dia a dia é sempre bom optar por escolhas saudáveis na nossa alimentação, e pensando nisso [@marataoficial](#) tem uma linha de sucos que você pode ter como uma opção mais natural para o seu dia, e com variedade para todos os momentos. Instagram. 2019. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/B48DwouBWie/> Acesso em 23 de novembro de 2019.

KEFERA. esse combinado de óleos milenares é a medida certa pra dar aquele up esperto no brilho e na nutrição dos cabelos! indicado pra todos os tipos de curvatura, a [@salonlinebrasil](#) apostou no combo místico do oriente, misturando óleos de argan, amla e neem, que repõem os nutrientes dos fios e revitalizam o couro cabeludo! ah! a linha maria natureza é totalmente vegana e liberada, viu?. Instagram. 2019. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/B3-dUj1pRDY/> Acesso em 23 de novembro de 2019.

MSACESSORIOSGOLPE. Olá [@mileidemihale](#) Tudo bem? Venho através desse post te informar algo que vc não sabe, acredito eu que vc não saiba. Muitas pessoas confiaram em comprar um iPhone na [@recebidoms](#) por conta de vídeos como o seu, você não é a primeira [@cleooficial](#) [@flavia viana@mcmirella](#) [@emillyaraujoc](#) [@mckekel](#) já fizeram isso sem ao menos saber a veracidade ! Bom se vc ver essa mensagem eu peço encarecidamente ue vc entre em contato comigo, Vamos fazer o bem de verdade né ? Nos ajude pq somos centenas de vítimas, desesperadas, sem seu dinheiro, sem o celular, sem ao menos respeito por parte dessa quadrilha, ladrões safados .. Estamos e vamos buscar justiça e vai ficar feio pra quem se negar a ajudar pq vamos expor todos os envolvidos [#MSACESSORIOSGOLPE#RECEBIDOSMSGOLPE#GOLPEMSACESSORIOS##GOLPERECEBIDOSMS](#). Instagram. 2018. Disponível em: https://www.instagram.com/p/BmCGoMrF_i-/ Acessado em 23 de novembro de 2019.

[@mcmirella](#) já é antiga e eu duvido que ela não saiba de nada né ? Tão próxima do Allan provavelmente viu comentários circulando por aí, mais o que importa é [iPhone](#) na mão né ? [#MSACESSORIOSGOLPE#GOLPERECEBIDOSMS#MSACESSORIOSGOLPISTA](#)

[#ACESSORIOSMS](https://www.instagram.com/p/BmCGoMrF_i/) Instagram. 2018. Disponível em: https://www.instagram.com/p/BmCGoMrF_i/ Acessado em 23 de novembro de 2019.

. [@recebidosms](https://www.instagram.com/recebidosms) o Allan Rocha da Silveira é apontado como dono, pois todas as vitimas depositou o dinheiro da compra avista dos aparelhos na conta dele
 Banco Bradesco: 237 Conta : 6914/0034879
 CNPJ apresentado 29 290 713 / 0001-19
 Uma grande maioria não recebeu o aparelho e nem o dinheiro, ficam presos em um grupo sendo humilhados e reprimidos. Sem poder cobrar e pedir explicação da compra, muitas entregas que são prometidas com prazo de 15 , 20 , 25, 30 até 50 dias, se passam muito mais e não chegam! E nesses grupos rolam promessas, datas e datas, e humilhação em cima de humilhação, principalmente para aqueles que resolver se manifestar. Não dão explicação ao cliente, não tem uma organização pra saber as ordens das compras e dos clientes, não sai rastreios pra ngm no grupos, vc fica por dias e dias e ngm recebe nada, perguntas e dúvidas são ignoradas e quando responde? Dão respostas ríspidas e humilhantes! Como se não tivéssemos o direito de questionar qualquer atraso ou qualquer outra coisa!

Eu sou mais um que economizou, que trabalhou e viu ali uma oportunidade pra ter algo com um preço mais acessível, pq se até os famosos indicam e aproveitam, pq não confiar e aproveitar ? Muitos deles ainda rasgam elogios 🙄

Assim como eu várias vitimas foi indicação de Artistas, que colocaram a cara pra falar que o celular chega mais a verdade é que nunca chega, pois estou a mais de 2 meses nessa Luta e nessa angústia de saber se vou ou não ter meu dinheiro de volta, eu perdi 1699 reais pq um eles ainda entregaram pra tentar um forma de me calar! Mais e as pessoas q compraram iPhone8 ou iPhoneX? E que mesmo com um preço mais baixo não são baratos? Artistas envolvidos que indicaram a [@acesoriosms](https://www.instagram.com/acesoriosms) sem procurar a veracidade da

empresa [@luisasonza](https://www.instagram.com/luisasonza) [@santanaadriana](https://www.instagram.com/santanaadriana) [@cleooficial](https://www.instagram.com/cleooficial) [@guimemc](https://www.instagram.com/guimemc) [@juulianapaiva](https://www.instagram.com/juulianapaiva) sendo post antigo ou não vcs contribuíram pra uma quadrilha a chegar até 200 k e ter força pra enganar centenas de pessoas . Instagram. 2018. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/BmEzN-YF20Q/> Acessado em 23 de novembro de 2019.

PEIXINHO, Carol. Desafio aceito pela lindaaaa [@driellydrudi](https://www.instagram.com/driellydrudi) É incrível como todo mundo me fala que o meu cabelo tá muiiito mais brilhoso, lindãozão e sem falar que meu fio está megaaa hidratado e mais forte A verdade é que na minha rotina que tanto AMO não falta o meu [@blowhairofficial](https://www.instagram.com/blowhairofficial) grudinho de todo dia, cheiiiiinho de vitaminas e minerais e o grande responsável por td esse processo [@ad](https://www.instagram.com/ad) [@blowgummies](https://www.instagram.com/blowgummies) [@meucabelo](https://www.instagram.com/meucabelo). Instagram. 2019. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/B3rvJAAjLJG/> Acessado em 23 de novembro de 2019.

PUGLIESI, Gabriela. Boom diaaa sabadão!! Ja acordei no pique 🚀! To falando direto do Upgrade Energy da [@equaliv](https://www.instagram.com/equaliv) ne? É ele que bato com cafezinho de manhã antes do treino! Lembra que no outro post q fiz sobre ele falei que é INCRÍVEL pq é 100% TCM, ou seja: Energia IMEDIATA para o cérebro e para o corpo. Pra mim, que curto e vivo um estilo de vida low carb (pq ME faz bem) é essencial! [#LifeStyle#KetoBreakfast](https://www.instagram.com/LifeStyle#KetoBreakfast) [#LowCarb](https://www.instagram.com/LowCarb) [#TCM#UpgradeEnergy](https://www.instagram.com/TCM#UpgradeEnergy) [BulletProofCoffee](https://www.instagram.com/BulletProofCoffee) Publi*. Instagram. 2019. Disponível em: https://www.instagram.com/p/B5fTMjRBj_d/ Acessado em 1 de dezembro de 2019.

VÍDEO

PRIMEIRO IMPACTO BR. **Quase 2 mil pessoas vítimas do golpe do iphone – primeiro impacto PR (20/08/2018).** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Es13XMfqLmM> Acesso em 2 de outubro de 2019.

ANEXO A – PUBLICAÇÕES DO INSTAGRAM @MSACCESSORIOSGOLPE RELATANDO DIVERSOS CASOS DE VÍTIMAS DAS PUBLICIDADES CLANDESTINAS FEITAS POR INFLUENCIADORES DIGITAIS, ENCORANJANDO SEUS SEGUIDORES A ADQUIRIREM O IPHONE VENDIDO PELA EMPRESA MS SHOES E ACESSÓRIOS.



FIGURA 3 - Influenciadora Mileide Mihale, fazendo *publipost* sem sinalizaçãoda empresa MS Shoes e Acessórios, em que, uma seguidora relata que comprou o produto influenciada pela influenciadora. Transcrição do áudio do vídeo: “Aí ela mesmo comprou, ela mesmo resolveu a vida dela, disse que ia dar de presente. Aí eu falei mãe, mas como a senhora faz isso como, conhece, tal não eu pesquisei, tem um monte de gente... Então eu vou deixar aqui a página e agradecer, aproveitar o contato, o momento dizer que chegou direitinho, como ela havia dito pra mim e obrigada por atender minha mãe tão bem, o iphone chegou já tá a caminho de imperatriz. Parabéns, parabéns, mesmo, de verdade, porque na Internet acontece algumas coisas que a gente acaba perdendo e tudo”.



FIGURA 4 - MC Mirella fazendo publipost da referida loja e ao lado, relato de consumidora que foi influenciada a comprar pelas palavras da influenciadora.

Transcrição do áudio: “Um presente desses aqui né, quem não quer, ai gente chega fica feliz com um presente desse né, abre até o sorriso da goiaba, chegou todo bonitinho, lacradinho, vou abrir agora para vocês verem, demora mais chega, dá até dó né, vamos abrir aqui, ai meu deus, tudo muito lindo, eita meu deus, ó”.

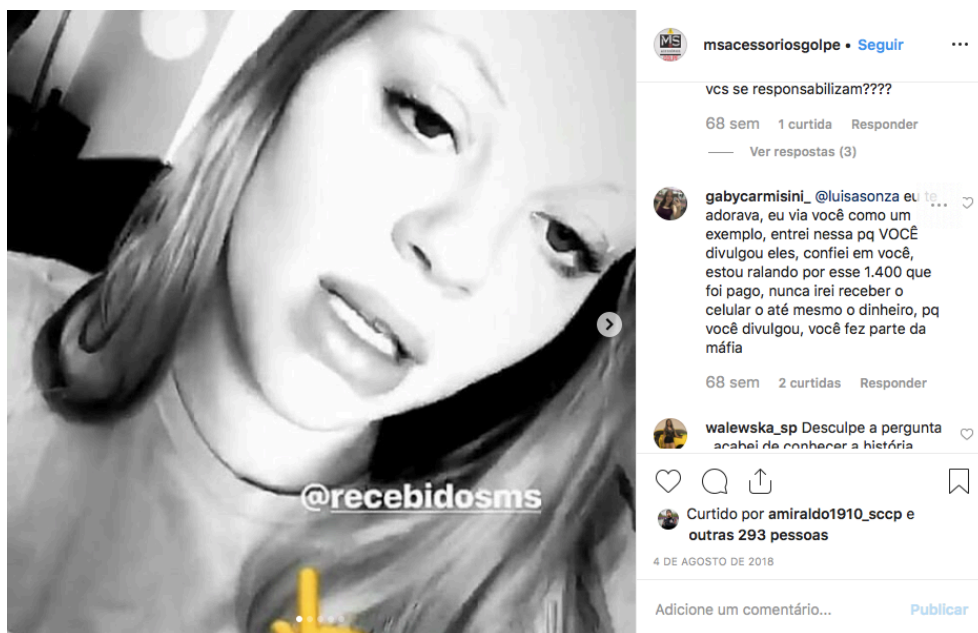


FIGURA 5- Influenciadora Luisa Sonza em mais um *publipost* não sinalizado e ao lado uma seguidora relatando que comprou o produto por causa da indicação da cantora.

ANEXO B – PUBLICAÇÕES DO INSTAGRAM EM QUE É PERCEPTÍVEL A FALTA DE SINALIZAÇÃO E/OU DE SINALIZAÇÃO INSUFICIENTE.



FIGURA 6 - Influenciadora Kéfera Buchmann fazendo *publiposts* dos produtos Salon Line sem qualquer tipo de sinalização.



FIGURA 7 - Influenciadora Gabriela Pugliesi fazendo *publipost* com pequena sinalização *publi* após longo texto.



FIGURA 8 - Influenciadora Bella Falconi fazendo publicidade de garrafas de água sem qualquer sinalização



FIGURA 9 - Influenciadora GKAY fazendo publicidade dos sucos Maratá com pequena sinalização no alto da publicação: “parceria paga”.



christian_fig • Seguir

christian_fig tenho uma novidade pra vocês, o aplicativo BUSER te dá de presente a primeira viagem e você só paga a volta! e se você já é cliente pode compartilhar seu código e ganhar "buedas" 🔥

corre pro site www.buser.com.br, ou baixa o app e se cadastra e já pode fazer a sua reserva. 🙌
#buser #buserlovers #buserlegal #ad

15 sem

zoo_gael TE AMO.

Curtido por figchris2010 e outras 60.458 pessoas

15 DE AGOSTO

Adicione um comentário... [Publicar](#)

Figura 10 - Influenciador Christian Figueiredo fazendo *publipost* com a sinalização #ad.