

RESPONSABILIDADE DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS POR PUBLICIDADE OCULTA SEGUNDO O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

RESPONSIBILITY OF DIGITAL INFLUENCERS FOR HIDDEN ADVERTISING ACCORDING TO THE CONSUMER DEFENSE CODE

Luciana Cristina de Souza¹
Fabíola Fonseca Fragas de Almeida²

Resumo: Diante das inúmeras horas em que a sociedade desfruta em mídias sociais, indispensável um olhar jurídico sobre as formas de publicidade nesses ambientes virtuais. Com o surgimento da figura dos influenciadores digitais, que, na maioria das vezes, são considerados pelos seguidores como pessoas próximas, a publicidade de produtos e serviços passou a não ser tão óbvia como outrora. Baseando-se nesse contexto, este artigo, através de uma pesquisa qualitativa, analítica e dogmática, a ser realizada, sobretudo, por meio de revisão bibliográfica, visa perquirir sobre a responsabilidade civil dos influenciadores digitais por realização de publicidade enganosa, à luz do Código de Defesa do Consumidor. Ao final deste trabalho, verificou-se que os influenciadores digitais devem responder objetivamente por suas postagens, em especial quando realizam publicidade oculta, disfarçada de retratos de sua vida pessoal.

Palavras-chave: Responsabilidade; Influenciadores Digitais; Código de Defesa do Consumidor.

Abstract: Given the countless hours that society enjoys on social media, a legal look at the forms of advertising in these virtual environments is essential. With the emergence of the figure of digital influencers, who, in most cases, are considered by followers as close people, the advertising of products and services is not as obvious as before. Based on this context, this article, through a qualitative, analytical and dogmatic research, to be carried out, above all, through a literature review, aims to inquire about the civil liability of digital influencers for carrying out misleading advertising, in light of the Code of Consumer Protection. At the end of this work, it was found that digital influencers must objectively answer for their posts, especially when they carry out hidden advertising, disguised as portraits of their personal lives.

Keywords: Responsibility; Digital Influencers; Consumer Protection Code.

¹ Doutora em Direito pela PUC Minas. Mestre em Sociologia pela UFMG. Coordenadora do Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP), registrado junto ao CNPq. Professora do Mestrado em Relações Econômicas e Sociais da Faculdade de Direito Milton Campos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7485564742694522>. E-mail: draprofalucianacsouza@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1473-3849>

² Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Graduada pela Universidade Estadual de Montes Claros. Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0131120426501918>. E-mail: fabiolafmattos@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais muitos de nós se assustam com a velocidade com que devemos cotidianamente tomar decisões acertadas tanto na vida pessoal quanto profissional. A facilidade com que os meios de comunicação divulgam informações, principalmente aqueles que utilizam as novas tecnologias voltadas para a internet, como as redes sociais, impõe-nos a necessidade de manter-nos atualizados quase que de imediato, o que provoca uma forte tensão nas relações humanas. Pela interação podemos definir nosso espaço e alcançar maior acesso à informação. A virtualização das relações humanas traz como desafios a regulamentação jurídica dos atos praticados em meio digital e a proteção dos usuários desse novo sistema de comunicação e, também, de trabalho, como no caso dos influenciadores digitais. O surgimento desses novos profissionais afetou, inclusive, as possibilidades de *marketing* na Era Digital.

Pode-se afirmar que o mercado publicitário foi fortemente influenciado pela popularização da Internet, na década de 1990. Inicialmente, as informações se concentravam em grandes provedores de conteúdo, como *America On Line*, nos Estados Unidos da América, e *Universo On Line*, no Brasil, que pouco se distinguiram dos veículos da mídia tradicional. Contudo, com o crescimento de *blogs* e das mídias sociais, o poder de informar foi transferido para toda e qualquer pessoa que dispusesse de acesso à Internet, por meio de um computador de mesa, *laptop*, *tablet* ou telefone celular, nascendo a *Web 2.0*.

Os precursores das mídias sociais, *Classmates* e *Six Degrees*, ambos criados em meados da década de 1990, não tinham a capacidade que as atuais mídias sociais detêm de influenciar pessoas e ditar comportamentos. Nem mesmo o *Orkut* gozava do poder de influência de mídias sociais como *Facebook*, *Instagram*, *Twitter* e *Youtube*. Na segunda década do século XXI, rádio, televisão, imprensa e cinema ocuparam espaço reduzido na vida das pessoas, em especial dos mais jovens, vez que pessoas das gerações Y e Z cada vez mais utilizam a Internet como sua fonte primária de informação e entretenimento.

No entanto, ao democratizar a possibilidade de criação de conteúdo, as novas mídias não somente expandem o uso de mídias de comunicação para divulgar informações. Também causam o efeito colateral de dificultar o controle da qualidade dos conteúdos, tanto pelo Poder Público, quanto sociedade. Como o poder de informar e influenciar encontra-se disperso e, muitas vezes, está vinculado à outras jurisdições territoriais, há o desafio de proteger os consumidores nas relações digitais que se desenvolvam nesse espaço de desterritorialidade que

a internet representa. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, de 1990, tem tido um papel vital na proteção desses consumidores, mas além da questão apontada se pode, ainda, indicar outro desafio.

Com o advento das mídias sociais, surgiu a figura do influenciador digital, pessoa com grande poder de impacto e convencimento sob determinado grupo social, chamado de seguidores, público fiel e engajado nas causas defendidas pelo influenciador. A postagem de influenciadores digitais em mídia social, sem a clara e devida identificação de que se trata de publicidade, pode caracterizar publicidade enganosa, vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, gerando sua responsabilidade objetiva e solidária. Mas isso nem sempre fica claro para o usuário do sistema digital que acessa essa informação, levando inúmeras pessoas a consumirem produtos e serviços sob a falsa crença de que o influenciador estaria garantindo a sua qualidade.

Diante desse cenário de desinformação do consumidor, pretende-se, ao longo deste trabalho, analisar a responsabilidade civil dos influenciadores digitais em relação às suas postagens nas redes sociais, em especial na promoção de produtos e serviços sem a devida identificação do conteúdo publicitário. Defende-se a hipótese de que esses profissionais não podem se esquivar de indenizarem seus seguidores por informações inadequadas que tenham respaldado em seus vídeos e *posts*, visto que associaram sua imagem à garantia de qualidade do produto ou serviço. O presente problema e a análise da hipótese apresentada serão explicados por meio de pesquisa jurídica qualitativa, de viés analítico-dogmático, notadamente através de revisão bibliográfica e levantamento de dados indiretos.

Esta é temática atual e pertinente, considerando o contexto atual de uso das redes sociais e de meio eletrônico pelo próprio Estado, inclusive. Também permite sua reflexão sob o viés multidisciplinar, já que na atualidade as temáticas relacionadas ao assunto são amplamente debatidas no campo do Direito e outras áreas transversais, exigindo dos indivíduos uma nova postura diante dos desafios legais e humanos que tal realidade impõe.

ASPECTOS JURÍDICOS DAS POSTAGENS EM MÍDIAS SOCIAIS

As postagens realizadas pelos influenciadores digitais nas mídias sociais podem ir além do simples relato de sua rotina ou exposição de um momento especial, haja vista a utilização de postagens para fins de incentivar ou induzir o consumo de determinados produtos ou

serviços. Como consequência, diante da divulgação de produtos e serviços de maneira explícita, os influenciadores digitais são considerados fornecedores por equiparação, respondendo solidariamente com os demais fornecedores, nos termos do artigo 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Com a finalidade de observar o princípio da identificação da publicidade, o influenciador digital deve identificar claramente o conteúdo publicitário da sua postagem, mas têm sido frequentes casos de publicidade oculta (ou *merchandising*) nas informações prestadas pelo uso de mídias sociais. Para explicar melhor o problema causado pela postura dos influenciadores digitais, nos próximos tópicos será delineado mais profundamente o cenário digital em que ele ocorre.

REVOLUÇÃO HORIZONTAL E MÍDIAS SOCIAIS

Em seus primórdios, a Internet era uma plataforma unidirecional estática, vez que o conteúdo era produzido por empresas ou governos, sendo transmitido ao usuário, que possuía pouco ou nenhum poder de interação com o produtor ou com os demais usuários. Contudo, com o advento das mídias sociais, ocorreu a revolução horizontal, com possibilidade de interações síncronas (em tempo real) e assíncronas (que não exigem resposta imediata) entre usuários (SOLOMON, 2016, p. 25), dando origem à *Web 2.0* e ao influenciador digital. Com a democratização das mídias, fruto da revolução horizontal, o poder de criação, transmissão e popularidade do conteúdo passou dos donos dos veículos tradicionais para os membros das comunidades sociais, em especial o influenciador digital, chamado por alguns autores de “líderes de opinião *online*” (SOLOMON, 2016, p. 521).

Segundo Solomon (2016, p. 521):

A internet torna os líderes de opinião ainda mais influentes – é como dar esteroides (somente os legais) a um jogador de beisebol. Em vez de atingir apenas aqueles que estão ao alcance da voz, agora uma pessoa influente pode ter domínio sobre a opinião de milhares ou mesmo de milhões de pessoas ao redor do mundo. Em grupos online, os líderes de opinião algumas vezes são chamados de usuários de poder. Eles têm uma sólida rede de comunicação que lhes possibilita afetar as decisões de compra de inúmeros outros consumidores, direta e indiretamente.

Pesquisa realizada pela *Forrester Research* apurou que 80% (oitenta por cento) de menções a marcas em mídias sociais são realizadas por 6,2% (seis vírgula dois por cento) dos

usuários (SOLOMON, 2016, p. 521), demonstrando que, apesar da democratização, o poder de influência continua restrito a uma pequena parcela da população.

Importante ressaltar que não há na história humana veículo de comunicação que se iguale à Internet, sendo seu poder de influência incomparável, aumentando a responsabilidade social do influenciador digital (ou líder de opinião *online*) pelo material que divulga, inclusive por trabalhar em uma mídia com reduzido controle do Estado, ao contrário do que ocorre com as mídias tradicionais. O rádio atingiu cinquenta milhões de usuários após 38 (trinta e oito) anos de existência. A Televisão demorou 13 (treze) anos para alcançar a mesma marca. A Internet demorou apenas 4 (quatro) anos e o *Facebook* conquistou cem milhões de usuários com apenas 9 (nove) meses de operação (SOLOMON, 2016, p. 25).

Segundo Pierre Lèvy (1999), o ambiente digital forneceu a possibilidade de compartilhar experiências mais facilmente, bem como gerou novas formas de economia. Isso se pode observar atualmente pelo crescente número de influenciadores digitais e de desenvolvimento de conteúdo – a maioria com marketing – na principal plataforma de vídeos mundial, o Youtube. De acordo com reportagem da Folha de São Paulo: "A cada minuto são geradas 500 novas horas de conteúdo no YouTube mundial [...] Na lista dos 100 canais mais influentes do mundo, 24 são brasileiros" (FOLHA, 2019). E a expansão de pessoas que exercem o papel de influenciadores digitais é um dado econômico relevante, visto que: "O ganho com publicidade é mais relevante quando o criador negocia diretamente algum tipo de ação, seja em eventos seja embutida em seu vídeo (*merchandising*, por exemplo)" (Ibidem). Isto significa, que as mensagens indiretas, a influência para a aquisição de determinados produtos e serviços são parte central da renda obtida pelos influenciadores digitais.

Estudo recente da União Internacional das Telecomunicações, agência das Nações Unidas, apontou que 4,1 bilhões de pessoas, ou seja, 53,6% da população global estava conectada à Internet no final ano de 2019 (INTERNACIONAL TELECOMMUNICATION UNION, 2020). No Brasil a situação não é diversa, vez que, em janeiro de 2020, havia 150,4 milhões de usuários de internet no país, o que representava aproximadamente 71% da população brasileira (KEMP, 2020). Na mesma época, havia 140 milhões de usuários de mídia social no Brasil, aproximadamente 66% da população do país (KEMP, 2020). O aumento expressivo desses dados reverbera sobremaneira no mercado publicitário formado pelas mídias sociais e

amplia uma nova modalidade de economia baseada na influência sobre o comportamento do consumidor, o que, em diversos casos, afeta sua liberdade de escolha.

Nesse cenário, os usuários adquiriram gradativamente cada vez mais participação na produção de conteúdo, mas também se tornaram vítimas de modelos de *merchandising* sutis, porém muito poderosos, que são aplicados por diversos profissionais que vivem da geração de renda nas mídias sociais. É o caso do mercado de influenciadores digitais, o qual ganhou relevância exponencial nos últimos anos, a ponto de, hoje, poderem ser divididos nas seguintes categorias: megainfluenciadores, pessoas com mais de 1 (um) milhão de seguidores, com ganhos mensais de até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais); macroinfluenciadores, com público de 200 (duzentos) mil a 1 (um) milhão de seguidores, faturando, em média, R\$ 100.000,00 (cem mil reais) mensais; influenciadores médios, com 20 (vinte) mil a 200 (duzentos) mil seguidores, com faturamento médio de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais); e microinfluenciadores, pessoas que podem receber até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) mensais (PEREIRA, 2019).

Os microinfluenciadores são a nova aposta do mercado publicitário em razão de sua maior proximidade com o público alvo, o que facilita a aplicação da teoria de *marketing long tail*, a qual foi proposta por Chris Anderson em seu livro “A Cauda Longa: Do Mercado de Massa para o Mercado de Nicho” (2006). Segundo essa proposta de abordagem, uma empresa consegue vender muito mais e ter menor necessidade de confrontar a concorrência se segmentar a oferta de seus produtos de modo mais focalizado. É uma abordagem de aproximação dos micromercados visando a públicos-alvos mais específicos, que, *in casu*, tornam-se mais acessíveis pela intermediação de um influenciador digital.

Diante de cifras tão consideráveis de ganhos e da participação desses profissionais na captação de clientes para as empresas que aplicam especialmente a *long tail*, percebe-se o quão relevante é estudar, nesse momento atual, a responsabilidade de um influenciador digital pela promoção de produtos e serviços em forma de postagens em mídias sociais. A opinião desses profissionais afeta a orientação de compra de muitos consumidores. A escolha dos consumidores também é afetada pelo uso de uma técnica chamada *nudge*, a qual, segundo explica Cass Sunstein (2019), é uma modalidade de economia comportamental em que por meio de ações diretas ou mensagens subliminares se influencia os sujeitos com quem se interage a

tomarem uma decisão considerada mais desejável por parte do influenciador. A prática de *nudging* pode ser identificada em muitos casos de publicidade oculta em mídias sociais.

Portanto, é inegável a existência de responsabilidade civil dos influenciadores digitais perante as escolhas feitas pelos seus seguidores, notadamente quando essa se confunde com as escolhas pessoais do profissional por meio da publicidade oculta que ocorre em suas postagens, como se refletirá mais profundamente a seguir.

CARACTERIZAÇÃO DAS POSTAGENS REALIZADAS COMO PUBLICIDADE

Em suas postagens nas mídias sociais, os influenciadores digitais podem relatar fatos de seu cotidiano, trazer experiências de vida, tratar de temas como política, filosofia, religião, moda, cultura, dentre outros. Todavia, também é comum que, utilizando de sua posição privilegiada frente a um público fiel, sejam “garotos propaganda” de produtos e serviços, o fazendo por meio de engajamento, conceito desenvolvido com o advento das mídias sociais. O engajamento se relaciona às experiências positivas que o consumidor tem com o produto ou serviço, o qual é realizado por meio de postagens nas mídias sociais do influenciador digital (LIMEIRA, 2016). Contudo, não é raro que o engajamento esconda uma publicidade oculta ou clandestina, como o de um influenciador digital que, a pretexto de mostrar sua nova aquisição, faz publicidade de um determinado produto, recebendo contraprestação em espécie ou *in natura*, a qual é chamada, na mídia social Instagram como “recebidos do dia”.

Importante ressaltar que publicidade não se confunde com propaganda, uma vez que a primeira tem finalidade comercial, ao passo que a segunda é destinada para finalidades ideológicas (GRINOVER, 2004, p. 307). Da mesma forma, vale lembrar que publicidade e informação não são sinônimos, na medida em que nem toda informação é publicidade e que nem toda publicidade é informação, sendo a publicidade regida pelo princípio da veracidade, ou seja, obrigação do fornecedor de não transmitir informações falsas ao consumidor, ao passo que a informação se encontra vinculada ao princípio da transparência, consubstanciada na obrigação de prestar todas as informações relativas ao produto ou serviço (CAVALIERI FILHO, 2019a, p. 151).

Ao divulgarem produtos e serviços de maneira explícita, os influenciadores digitais são considerados fornecedores por equiparação, respondendo solidariamente com os demais fornecedores, nos termos do artigo 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo Gasparatto *et al* (2019, p. 79-80):

No momento em que um influenciador digital indica um produto ou serviço, a sua confiabilidade agrega poder persuasivo no comportamento do consumidor, gerando segurança sobre a qualidade daquele produto ou serviço que está indicando. Os influenciadores assumem, portanto, uma posição de garantidores em face dos produtos e serviços indicados. Caso as qualidades atribuídas aos produtos e serviços não sejam condizentes com a realidade, o fator de persuasão dos influenciadores aparece de forma negativa e prejudicial ao consumidor, confrontando, assim, os princípios da boa-fé e da confiança.

(...)

Nesse compasso, os influenciadores digitais, assim como outras celebridades, devem ser responsabilizados por eventuais danos causados aos consumidores, haja vista que, como dito anteriormente, os seguidores passam a adquirir produtos e serviços com base na confiança e na boa-fé, que, aliás, são princípios norteadores do direito do consumidor

Ao realizarem publicidade explícita de um determinado produto ou serviço, os influenciadores digitais assumem a mesma posição das celebridades que emprestam seu prestígio a uma determinada marca, respondendo objetivamente pelos danos causados, haja vista os princípios da boa-fé e da solidariedade (GASPARATTO, 2019, p. 79). Contudo, necessário analisar qual a responsabilidade dos influenciadores digitais pelos produtos e serviços que expõem em suas mídias sociais, como se fossem de seu uso pessoal, ocultando sua natureza publicitária, enquanto recebem contraprestação pela divulgação.

Em uma sociedade de consumo, em que ter é mais importante do que ser, há imposição de estilo de vida pelos meios de comunicação, fixando a maneira correta e ideal de se viver (MALTEZ, 2011, p.26). Desde a década de 1950, estudiosos da comunicação descobriram que a publicidade explícita não é o principal fator no momento da escolha de um produto ou serviço, sendo o popular “boca a boca” (*word of mouth*) muito mais decisivo no momento do consumo, influenciando dois terços de todas as vendas de produtos (SOLOMON, 2016, p. 502). Segundo Praveen Aggarwal (2011, p. 263-277, *apud* SOLOMON, 2016, p. 507):

Embora a maioria de nós prefira acreditar que agimos independentemente enquanto estamos tomando decisões de compra, a verdade é que nossas decisões são amplamente influenciadas pelos outros. As publicações tradicionais sobre influências interpessoais examina o papel do boca a boca na tomada de decisões. Habitualmente procuramos o conselho ou informações de amigos e familiares. Muitos até funcionam como um líder de opinião que ajuda outras pessoas a formarem suas decisões.

No mundo atual, em que o poder do contato físico é cada vez menor, o “boca a boca” foi substituído, na maioria das vezes, por postagens em redes sociais, como *Instagram* ou

Facebook, em que pessoas comentam sobre produtos ou serviços como se estivessem conversando com amigos. Aproveitando-se da fragilidade das pessoas, que tendem a compensar suas frustrações e angústias em consumismo, a publicidade gera demandas que não existiam para vender produtos que antes eram desnecessários, mas que agora se transformaram em indispensáveis (MALTEZ, 2011, p. 40).

A prática de gerar demandas para potencializar as vendas de produtos e serviços é mais perniciosa nos influenciadores digitais do que nas celebridades tradicionais, uma vez que aqueles gozam de maior proximidade do público alvo, como relatado acima, e está diretamente relacionada à técnica de *nudge*. Ademais, por atingirem um público jovem, incluindo crianças e adolescentes, conseguem manipular condutas com maior facilidade. Ao fomentar a venda de um produto ou serviço, de maneira expressa ou velada, o influenciador digital faz publicidade, que é a vertente comercial do *marketing* (MALTEZ, 2011, p. 73). O *marketing* não se esgota na publicidade, abrangendo, ainda, o *merchandising*, conceituado por Maltez (2011, p. 79):

O termo *merchandising*, não raro, é entendido como inserção de uma mensagem publicitária no cenário de um filme, novela, locução radiofônica, programa televisivo ou em artigos impressos, quer com o logotipo do que se deseja anunciar, quer com o diálogo entre artistas, ou mesmo exibição – ainda que por breves instantes – do próprio produto. Nesse sentido, o produto ou serviço é apresentado em situações do dia a dia do consumidor, sem declaração ostensiva

O *merchandising* ainda é conhecido em outros países como *tie in*, *merchandising* editorial ou *product placement* (MALTEZ, 2011, p. 80). Independentemente do nome utilizado, relevante entender que o *merchandising* é forma de publicidade clandestina, oculta ou dissimulada (MALTEZ, 2011, p. 81). Ademais, essa modalidade de *marketing* viola o princípio da identificação da publicidade, preconizado no artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990):

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

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

A violação ao artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor configura uma das três espécies de defeitos dos produtos, sendo um defeito de informação ou comercialização - *défauts*

d' instruction, do Direito Francês, ou *difetto di informazione*, do Direito Italiano (GRINOVER, 2004, p. 183).

A prática do *merchandising* igualmente ofende o princípio da confiança, uma vez que gera a expectativa no consumidor de que determinado produto ou serviço é utilizado pela pessoa que o anuncia, quando, na realidade, não passa de uma mera peça publicitária. Acerca do princípio da confiança, entende Cavalieri Filho (2019a, p. 55):

Embora não previsto expressamente no CDC, o princípio da confiança é uma irradiação normativa da boa-fé e está intimamente ligado ao princípio da transparência. É a face subjetiva do princípio da boa-fé, pois só se confia quando há boa-fé. É a legítima expectativa que resulta de uma relação jurídica fundada na boa-fé. Quem diz que só confia desconfiando, na realidade não confia. Confiança é a credibilidade que o consumidor deposita no produto ou no vínculo contratual como instrumento adequado para alcançar os fins que razoavelmente deles se espera. Prestigia as legítimas expectativas do consumidor no contrato.

Em veículos tradicionais de mídia, como a televisão, o *merchandising* é uma técnica poderosa, uma vez que insere um produto ou serviço na rotina comum das personagens retratadas. Segundo Maltez (2011, p. 85-86, 133):

O *tie in* leva o consumidor a adquirir os produtos usados por essas pessoas famosas, fazendo, portanto, compra irracional. No Brasil a situação é agravada, especialmente, no caso das telenovelas, face à força que possuem na formação das condutas e hábitos do brasileiro, que procura em tudo imitar os atores, principalmente os globais.

(...)

A novela cria assim uma familiaridade com o produto, associando-se intrinsecamente ao estilo de vida das personagens, o qual torna-se aquele almejado pelo público, criando processos de sublimação e identificação, levando o expectador ao ato de consumo, pois sentem-se inseridos no contexto social

Todavia, o poder do *merchandising* adotado pelos influenciadores digitais é exponencialmente maior, uma vez que o produto ou serviço não é mais utilizado por uma personagem de uma ficção, mas sim por uma pessoa que possui identificação com o consumidor, aqui chamado de seguidor, gozando de grande prestígio frente a este, sendo uma referência de estilo de vida. Para que exerça influência sobre o público-alvo, a fonte (pessoa que transmite a mensagem) deve contar com credibilidade e atratividade, sendo a primeira definida como a capacidade de despertar confiança no destinatário da mensagem e atratividade o valor que o público-alvo atribui à fonte, podendo decorrer da aparência física, posição social ou semelhança com o receptor da mensagem (LIMEIRA, 2016).

Os influenciadores digitais gozam tanto de credibilidade quanto de atratividade em relação a seu público-alvo, uma vez que possuem interesses e valores comuns com os seguidores, o que celebridades da televisão ou do cinema não contam. Não são “estrelas” de cinema, inacessíveis, mas cidadãos comuns que expõem seu cotidiano às pessoas por meio das mídias sociais. Nesse contexto, os influenciadores digitais possuem maior facilidade para impor determinado estilo de vida a seus seguidores, agindo de maneira mais eficiente que as mídias tradicionais, uma vez que possuem maior capital simbólico, dialogando com seu público em igualdade (KARHAWI, 2016).

Uma publicidade, lícita ou ilícita, realizada por um influenciador digital atinge o público de maneira muito mais efetiva que a realizada por uma personagem de ficção ou por uma celebridade, na medida em que o consumidor acredita que aquela pessoa com a qual se identifica realmente utiliza o produto ou serviço anunciado, com lesão ao princípio da confiança, como exposto anteriormente. Ademais, com o advento da *Web 2.0*, surgiu o consumidor 2.0, também conhecido como nativo digital, pessoa que já nasceu em um mundo dominado pelas tecnologias digitais, sendo muito mais suscetível à influência exercida pelas mídias sociais do que pessoas que nasceram em gerações anteriores.

Ao tratar dos danos causados pela Internet, Cavalieri Filho (2019b, p. 245) pontua que essa tecnologia digital universalizou o veículo utilizado para o cometimento do ilícito, o qual é colocado à disposição de todos, alargando ainda, de maneira ilimitada, a capacidade de propagação do dano, uma vez que, com um simples click, divulga-se algo a milhões ou bilhões de pessoas. Explica, ainda, que essa nova realidade tecnológica potencializou o poder de informar, antes concentrado em grandes veículos da mídia, pulverizando os centros emissores da informação, podendo o sítio que divulgou determinada notícia estar em um país distante do local onde ela é difundida.

MERCHANDISING IMPLÍCITO E RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) disciplina, em seu artigo 37, as duas modalidades de publicidade ilícita, sendo elas a publicidade enganosa (§1º) e a publicidade abusiva (§2º). Segundo Maltez (2011, p. 180), “a publicidade enganosa pode ser: a) dissimulada; b) oculta, clandestina ou indireta; c) subliminar; d) a totalmente falsa; e) a totalmente verdadeira que possa induzir o consumidor em erro; f) parcialmente verdadeira

(falsidade parcial)”. O *merchandising* ou *tie in* se insere na publicidade oculta, clandestina ou indireta, consistindo na inserção de produtos ou serviços no contexto de um determinado programa televisivo, filme ou mesmo postagem em mídias sociais. De acordo com Cavalieri Filho (2019a, p. 153):

Típico caso de publicidade clandestina, também chamada de *merchandising*, é a projeção de produto, de serviço ou de determinada marca em filmes, novelas, programas de auditório etc., com a finalidade de estabelecer uma associação entre estes e qualidades positivas decorrentes da sua utilização. São exemplos tirados da doutrina: fazer uso, o personagem do filme ou novela, de cartão de crédito de determinado banco ou bandeira; ingerir bebida de determinada marca; utilizar veículo de marca ou modelo específicos, e assim por diante.

Até mesmo uma fotografia casual, postada no *Instagram* de um influenciador digital, utilizando determinada roupa pode ocultar um anúncio de uma marca, gerando a falsa sensação de que a pessoa realmente utiliza aquele produto e aprova sua qualidade. Essa prática de *nudge*, especialmente quando disfarçada pelos laços de interação que o influenciador cria com seus seguidores, pode diminuir a capacidade desses enquanto consumidores para avaliar racionalmente se o produto realmente é bom ou não. Relevante pontuar que a potencialidade do engano é suficiente para caracterizar a publicidade enganosa, não se fazendo necessário provar que o consumidor efetivamente se equivocou, haja vista que a análise é realizada em abstrato, buscando a potencialidade de induzir o consumidor em erro (GARCIA, 2019, p. 345). No mesmo sentido se encontram Gasparatto *et al* (2019, p. 70):

Já para a configuração da publicidade enganosa não há necessidade que o consumidor enganado obtenha o produto, isto é, não é imprescindível a ocorrência do erro de fato, bastando somente existir a probabilidade de o consumidor ser induzido a erro.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça (2013), para configuração da publicidade enganosa não se exige sequer a prova da vontade de enganar o consumidor, conforme consta na decisão do Recurso Especial nº 1.317.338-MG – 2011/0275068-0. Igualmente, a propaganda oculta é repudiada no artigo 20 do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda (I CONGRESSO BRASILEIRO DE PROPAGANDA, 1957, p.3), o qual ganhou força cogente pelo artigo 17 da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965 e assim disciplina:

20. A propaganda é sempre ostensiva. A mistificação e o engodo que, escondendo a propaganda, decepcionam e confundem o público, são expressamente repudiados pelos profissionais de propaganda.

Ao assistir uma peça publicitária de uma celebridade, o consumidor tem plena consciência de que a pessoa não necessariamente utiliza aquele produto ou serviço, o divulgando por ter sido remunerada para isto. No *merchandising*, esta análise é prejudicada, em especial, quando se trata de mídias sociais, que muitas vezes retratam a vida pessoal do influenciador digital.

Não podemos olvidar que a celebridade, frequentemente, também é influenciadora digital, mas ainda assim a percepção da publicidade pelo consumidor é diferente. Afinal, a exposição de produtos e serviços, na mídia social de uma celebridade, por ocorrer em ambientes que geram uma sensação de intimidade com os seguidores, como sua própria casa ou carro, dificultando o discernimento do que é utilizado por opção da celebridade ou em razão de um contrato.

Apesar da proximidade, a propaganda oculta não se confunde com a propaganda sublimar, que utiliza de estímulos imperceptíveis pela consciência humana, a qual pode ocorrer por diversas formas, como estímulo visual muito rápido, discurso acelerado, dentre outros (MALTEZ, 2011, p. 228). Da mesma maneira, se diferencia da publicidade invisível. Segundo Eging *et al* (2012, p. 7):

Reitera-se que a publicidade invisível não se confunde com o merchandising: este é mais explícito (embora não seja claro ou evidente), enquanto aquela é totalmente omitida do consumidor, do qual são retirados todos os meios pelos quais poderia perceber se tratar de uma ação publicitária. Um exemplo de prática de merchandising é o uso e a promoção de determinado produto por um personagem em uma novela televisiva (que é declaradamente patrocinada por determinados fornecedores) como se fizesse parte de seu cotidiano, enquanto o exemplo de publicidade invisível é o de um ator anônimo (ou qualquer pessoa contratada para este fim) comentar com um consumidor dentro de um estabelecimento comercial que utilizou determinado produto e obteve excelentes resultados, sem mencionar, contudo, ter qualquer relação com o fornecedor. O consumidor, no segundo exemplo, acredita realmente estar recebendo a opinião isenta e desinteressada de outro consumidor, enquanto, na verdade, está sendo atingido por uma campanha publicitária de grande impacto, e, mais do que isso, no segundo caso, o consumidor sequer desconfia que seja alvo de uma mensagem publicitária.

A fim de atender ao princípio da identificação da publicidade, o influenciador digital deve fazer a marcação de conteúdo publicitário na postagem, o que pode ser feito, por exemplo,

através da menção “#publicidade” ou “#publi”. Tem-se utilizado também a expressão “#ad”, contudo, não atende totalmente ao princípio citado, por se tratar de expressão em língua estrangeira, dificultando a percepção do conteúdo publicitário.

Embora órgãos de controle da publicidade e de defesa do consumidor atuem visando a correta identificação da publicidade nas mídias sociais, o rápido e crescente desenvolvimento de recursos tecnológicos dificulta o controle, como ocorre com os *stories*, que ficam no ar por apenas 24 (vinte e quatro) horas. Dessa forma, embora a legislação consumerista consiga abarcar dentro do conceito de publicidade oculta as postagens em mídias sociais sem a devida identificação do conteúdo publicitário, os desafios ao controle continuam a existir.

Após verificar as diferenças que as mídias sociais atuais geram na percepção da publicidade pelo consumidor, bem como verificar a caracterização da publicidade oculta diante de postagens sem a devida marcação do conteúdo publicitário, cabe examinar a forma de responsabilidade do influenciador digital diante da realização de publicidade enganosa em mídias sociais. Segundo Cavalieri Filho (2019b, p. 32):

É possível dizer que o Código de Defesa do Consumidor trouxe a lume uma nova área da responsabilidade civil – a responsabilidade nas relações de consumo - tão vasta que não haveria nenhum exagero em dizer estar hoje a responsabilidade civil dividida em duas partes: a responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade objetiva, excepcionalmente utilizada, passou a ser a regra no direito consumerista, com fundamento na teoria do risco empresarial (CAVALIERI FILHO, 2019b, p. 282). Sendo verificada a prática de propaganda enganosa ou abusiva, mesmo que o dano seja apenas potencial, como afirmado anteriormente, é autorizado o uso de medidas sancionadoras, possuindo dupla função, quais sejam, a punição do infrator e servir de exemplo para que outros profissionais da publicidade não adotem as mesmas estratégias (GASPARATTO, 2019, p. 78).

Analisada a responsabilidade civil do influenciador digital pela prática da conduta conhecida como *merchandising*, independentemente do engano ao consumidor, necessário se faz estudar qual sua responsabilidade pelo dano efetivamente causado pelo produto ou serviço ocultamente indicado e adquirido pelo consumidor/seguidor.

Os elementos essenciais da responsabilidade civil encontram-se no artigo 927 do Código Civil, sendo conduta (omissiva ou comissiva), culpa em sentido amplo, dano e o nexo

causal. O mencionado dispositivo legal disciplina a responsabilidade independentemente de culpa (responsabilidade objetiva) em seu parágrafo único, consagrando-a no Código de Defesa do Consumidor por meio da garantia do dever de segurança do fornecedor (CAVALIERI FILHO, 2019b, p. 32).

Realizada uma determinada postagem pelo influenciador digital, fazendo publicidade oculta de determinado produto e serviço (*merchandising* ou *tie in*), o qual vem a ser adquirido por seus seguidores e, em sua utilização gera dano a quaisquer destes, é inegável o dever solidário do influenciador, juntamente com os demais fornecedores, com fundamento na solidariedade, prevista no artigo 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, sendo esta responsabilidade objetiva. No mesmo sentido se encontra Cavalieri Filho, entendendo que as celebridades podem ser responsabilizadas quando cientes da enganabilidade da publicidade, em especial quando receberem participação nas vendas (CAVALIERI FILHO, 2019a, p. 164).

Caso recentemente divulgado pela mídia, consistiu nas lesões sofridas pela influenciadora digital Laura Cavalcante, a qual foi convidada para participar de uma campanha de uma clínica de estética em troca de um tratamento de fotodepilação, sofrendo queimaduras de primeiro e segundo grau (MIRANDA, 2019). Apesar de, no exemplo acima, o dano ter sido suportado pela própria influenciadora, a prática de remunerar influenciadores digitais com serviços gratuitos, prêmios ou mesmo dinheiro, coloca toda a comunidade de seguidores em risco, uma vez que estes não possuem ciência de que o produto ou serviço retratado pelo influenciador não goza de sua aprovação em razão de sua qualidade, sendo postado única e exclusivamente em razão da contraprestação dada pelo anunciante.

Não bastasse a responsabilidade civil decorrente da propaganda oculta, essa conduta também é passível de responsabilização na esfera criminal, uma vez que fazer ou promover publicidade enganosa ou abusiva é crime tipificado no artigo 67 do Código de Defesa do Consumidor, com pena de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção e multa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início deste trabalho, buscou-se como objetivo principal da pesquisa verificar a existência de eventual responsabilidade civil dos influenciadores digitais em relação às suas postagens em mídias sociais, sobretudo diante de publicidade não identificada, bem como por

eventuais danos gerados ao grupo de seguidores. Para alcançar o propósito, buscou-se, em um primeiro momento, entender o impacto das novas mídias no mercado publicitário, e ainda esclarecer os conceitos de publicidade, *merchandising* ou *tie in* e publicidade enganosa.

Verificou-se que a revolução horizontal ocorrida nas mídias sociais mudou a dinâmica de criação e transmissão de conteúdo, inclusive publicitário, que deixou de ser concentrada nas mãos dos donos dos veículos tradicionais de informação para os membros das comunidades sociais, em especial o influenciador digital. Também se identificou a expansão do uso de técnicas como *long tail* e, principalmente, *nudge* como forma de influenciar o comportamento dos seguidores/consumidores valendo-se dos laços que se desenvolvem entre esses e a pessoa seguida, seu influenciador.

Essa análise permitiu confirmar a hipótese levantada na introdução, segundo a qual o influenciador digital possui responsabilidade objetiva e solidária pelas postagens que realiza em mídias sociais, em especial quando concretizado um dano a seus seguidores que, ao adquirirem produtos e serviços, desconhecem que as postagens realizadas pelo influenciador ocultavam publicidade, não caracterizando sua vida real, como faz parecer, diminuindo, desse modo, o poder decisório do consumidor.

Visto isso, conclui-se que o poder conferido aos influenciadores digitais deve ser utilizado com responsabilidade e zelo, em especial pelo alcance de suas postagens, sob pena de responderem civilmente por seus atos, tanto em razão da publicidade enganosa realizada, como por danos concretos experimentados por seguidores que adquiriram produtos e serviços postados pelo influenciador em suas mídias digitais.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Chris. **A Cauda Longa**: do mercado de massa para o mercado de nicho. São Paulo: Elsevier, 2006.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 21 mai. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CONGRESSO BRASILEIRO DE PROPAGANDA, n. I, 1957, Rio de Janeiro. **Código de ética dos profissionais da propaganda**. Disponível em: http://www.cenp.com.br/PDF/Legislacao/Codigo_de_etica_dos_proffissionais_da_propaganda.pdf. Acesso em: 21 mai. 2020.

EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN, Laís Gomes; GIBRAN, Fernanda Mara. A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, janeiro/2012, v. 81, p. 91.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Brasil só perde para os EUA em tempo de visualização de vídeos on-line**. Postado em 12 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://temas.folha.uol.com.br/influenciadores-digitais/a-fama/brasil-so-perde-para-os-eua-em-tempo-de-visualizacao-de-videos-on-line.shtml>. Acesso em: 20 mai. 2020.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8 ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

INTERNACIONAL TELECOMMUNICATION UNION (ITU). **Individuals using the internet, 2005-2019. Statistics**, 2020. Disponível em: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx>. Acesso em: 21 mai. 2020.

KARHAWI, Issaaf. Influenciadores digitais: o Eu como mercadoria. In: SAAD, Elizabeth; SILVEIRA, Stefanie C. **Tendências em comunicação digital**. São Paula, ECA/USP, 2016. Disponível em: <http://www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/download/87/75/365-1?inline=1>. Acesso em: 21 mai. 2020

KEMP, Simon. Digital 2020: Brazil. In: **Datareportal**, 17 feb. 2020. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2020-brazil>. Acesso em: 21 mai. 2020.

LEVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.

LIMEIRA, Tania Maria Vidigal. **Comportamento do consumidor brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MALTEZ, Rafael Tocantins. **Direito do Consumidor e Publicidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

MIRANDA, Andira. Modelo denuncia clínica estética depois de sofrer queimaduras de 2º grau. In: **Portal Gazetaweb.com**, 04 set. 2019. Disponível em:

https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2019/09/modelo-denuncia-clinica-estetica-depois-de-sofrer-queimaduras-de-2-grau_84974.php. Acesso em: 21 mai. 2020.

PEREIRA, Vinicius. Sabe quanto pode ganhar um influenciador digital por mês? *In: UOL Economia*, 22 nov. 2019. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/11/22/influenciadores-digitais-trabalho-faturamento-digital-influencer.htm>. Acesso em: 21 mai. 2020.

SOLOMON, Michael R. **O comportamento do consumidor: comprando, possuindo e sendo**. 11 ed. Porto Alegre: Bookman, 2016.

SUNSTEIN, Cass R. Nudging: a very short guide. **Business Economics**, v. 54, p. 1-7, 2019. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1057/s11369-018-00104-5>. Acesso em: 20 mai. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp. 1317338/MG**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. 2ª Turma. DJe 01 abr. 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1217520&num_registro=201102750680&data=20130401&formato=PDF. Acesso em: 21 mai. 2020.