



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A publicidade no *Instagram* feita por *digital influencers* à luz da boa-fé objetiva e do dever de informação

Denise Sirimarco Franco

Rio de Janeiro

2016

DENISE SIRIMARCO FRANCO

A PUBLICIDADE NO *INSTAGRAM* FEITA POR *DIGITAL INFLUENCERS* À LUZ DA
BOA-FÉ OBJETIVA E DO DEVER DE INFORMAÇÃO

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2016

A PUBLICIDADE NO *INSTAGRAM* FEITA POR *DIGITAL INFLUENCERS* À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA E DO DEVER DE INFORMAÇÃO

Denise Sirimarco Franco

Graduada pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogada. Pós-graduada em Direito dos Contratos pelo CEDIN Educacional.

Resumo: Com a Revolução Industrial a publicidade ganhou destaque, sendo fundamental na sociedade de consumo. Já com a Revolução da Mídia, a publicidade se reinventou e passou a ser veiculada por meio da internet, se utilizando de novos atores e espaços, como forma de atingir ainda mais pessoas e potencializar seu poder de influência. O trabalho busca entender o alcance da publicidade feita pelos *digital influencers* no *Instagram* e os problemas jurídicos dela decorrentes.

Palavras-chave: Direito Eletrônico. Direito do Consumidor. Publicidade. Boa-fé. Dever de informação. Consumidor.

Sumário: Introdução. 1. A compreensão do consumo a partir da publicidade realizada pelos *digital influencers* no *Instagram*. 2. Os problemas oriundos publicidade no *Instagram*: uma análise à luz do Código de Defesa do Consumidor. 3. O direito de publicitar à luz da boa-fé e do dever de informação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A publicidade sempre teve um papel importante na sociedade desde a Revolução Industrial. Entretanto, com o desenvolvimento tecnológico, em especial com a popularização da internet, ela ganhou ainda mais relevância, dada a rapidez da propagação de informações e sua imediata repercussão. Conseqüentemente, técnicas de publicidade foram aperfeiçoadas para as novas tecnologias e seu poder de persuasão aumentou.

Um dos novos espaços encontrados pela publicidade foi o *Instagram*. O aplicativo foi criado em 2010, como uma rede social baseada em compartilhamento de fotos acrescidas de filtros digitais e com pequenas legendas. O crescimento do número de usuários pode ser atribuído à rapidez na visualização do conteúdo disponibilizado, que é mais sucinto na escrita e confirma o ditado “uma imagem vale mais do que mil palavras”. No início muitas blogueiras usavam a nova rede como forma de manter um contato ainda mais próximo com seus leitores e de estimular a ida ao blog, que tinha postagens maiores; e descobriram uma forma de fazer a publicidade, antes realizada nos blogs, de forma muito mais eficiente. Essa eficiência também foi percebida pelo mercado e pelas grandes sociedades empresárias, que

passaram a investir em publicidade também nessa plataforma, inclusive em pessoas anônimas, mas que demonstravam aptidão para influenciar condutas. Esses são os *digital influencers*, principais responsáveis pelos anúncios publicitários no *Instagram* atualmente e por, de certa forma, fomentar a ordem econômica no país, ao criar em seus seguidores desejos por itens e serviços.

Dada a grande influência dessas pessoas na forma de consumo de seus seguidores e dada a idolatria da imagem vivida atualmente, em que tudo o que importa é a imagem, independente do que está por trás dela e de sua veracidade; é necessário entender o alcance da publicidade feita pelos influenciadores e os problemas jurídicos dela decorrentes. Para isso, por meio de uma pesquisa qualitativa e exploratória, no primeiro capítulo, o consumo é analisado a partir dessa publicidade, para que, no segundo capítulo, os problemas gerados sejam entendidos, com base no Código de Defesa do Consumidor, e, no terceiro capítulo, sejam identificadas as condutas publicitárias esperadas à luz da boa-fé e do dever de informação.

1. A COMPREENSÃO DO CONSUMO A PARTIR DA PUBLICIDADE REALIZADA PELOS DIGITAL INFLUENCERS NO INSTAGRAM.

Com a Revolução da Mídia¹, o acesso às redes sociais se popularizou e, com o passar do tempo, surgiram os *digital influencers*. Inicialmente eles eram blogueiras(os), e hoje abrangem *youtubers* e até mesmo concurseiros. Tratam-se de pessoas comuns, “gente como a gente”, que postam fotos e vídeos do seu dia-a-dia, das coisas sobre as quais blogam ou escrevem e que dão dicas sobre um assunto que dominam ou sobre algo que compraram ou que usam; mas que têm como principal característica serem formadores de opinião em relação

¹ A Revolução da Mídia é “a sucessão de avanços tecnológicos ligados à internet, à telefonia celular e à cultura digital” que resultou na ampliação dos meios tradicionais de comunicação e na abertura de novos espaços para o intercâmbio de informações e ideias. Ela abarca um “movimento internacional de jovens ávidos para experimentar, coletivamente, formas de comunicação diferentes daquelas que as mídias clássicas nos propõem”, em que os indivíduos participam ativamente da seleção, construção e depuração das informações que recebem. SCHREIBER, Anderson. *Direito e mídia*. In: _____ (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 9-26.

aos seus leitores/seguidores². Tal característica faz com que praticamente tudo o que vistam, usem ou tenham se torne objeto de desejo daqueles que os acompanham e, conseqüentemente seja um sucesso de vendas.

O fato de não serem inicialmente famosos contribui para o êxito futuro dessas pessoas como *digital influencers*, na medida em que há o estabelecimento de uma relação de confiança para com o seu leitor, o qual vai incorporando as dicas passadas por essas pessoas e ansiando por mais e requisitando mais. Essa relação se estabelece principalmente pela percepção de que o influenciador é uma pessoa comum e que, por isso, fornece informações àquela outra pessoa comum que o lê, como se fosse uma dica de amigo(a). A linguagem usada também possui grande importância, sendo, em geral, agradável, clara e autêntica, podendo ter toques de humor. Em um raciocínio aplicável aos *digital influencers*, Luis Orihuela³ explica que o fortalecimento dos blogs e a consolidação da sua credibilidade ocorre quando o autor do blog deixa claro as suas condições da escrita, através do pacto de leitura que é formado com o leitor. Esta credibilidade, a confiabilidade e a escrita adequada, tanto no blog quanto no *Instagram*, são fundamentais para que a pessoa seja reconhecida como uma formadora de opinião e, conseqüentemente, isso atrairá mais ofertas de publicidade e proporcionará a sua profissionalização, se ela assim desejar.

A profissionalização dos *digital influencers* não é obrigatória, mas é bastante comum - sendo considerada atualmente “a profissão do momento”-, em razão das vantagens financeiras que advém dos contratos publicitários. Ademais, para que haja um maior retorno financeiro, é preciso mais tempo de dedicação à rede social, tanto para postagem de novas fotos e vídeos, quanto para responder aos comentários dos seguidores. Entretanto, há muitos

² No *Instagram*, para acompanhar o perfil de uma pessoa, onde são colocadas as suas fotos e os seus vídeos, é necessário “seguir” aquela pessoa. É a expressão que a própria rede social usa. Por isso, os leitores, as pessoas que acompanham as postagens daquela determinada pessoa são denominadas seguidores.

³ ORIHUELA, José Luis. *Blogs e blogosfera: o meio e a comunidade*. In: ALONSO, Júlio; ANTÚNEZ, José Luis; ORDUNA, Octavio I. Rojas; ORIHUELA, José Luis; VARELA, Juan Varela. *Blogs: revolucionando os meios de comunicação*. São Paulo: Thomson Learning, 2007. p.1-20.

influenciadores que, apesar de ficarem conhecidos entre os usuários do *Instagram*, continuam com suas profissões e rotinas e aproveitam algumas vantagens trazidas pela sua influência. O que importa, em ambos os casos, é o número de seguidores, o qual revela o poder de influência de um formador de opinião e que reflete diretamente nas empresas interessadas em contratar publicidade e no valor da postagem.

Para entender o alcance da publicidade no meio digital, em especial a feita pelos influenciadores no *Instagram*, bem como para compreender os problemas jurídicos que ela pode ocasionar, é necessário analisar as postagens feitas por essas pessoas. É possível identificar quatro tipos de postagens dos *digital influencers* no *Instagram*, assim como ocorre nos blogs de moda e beleza⁴⁵: postagem íntima, publi post, postagem sobre produtos ou serviços adquiridos pelos influenciadores e postagem sobre produtos ou serviços concedidos pelas empresas.

A postagem íntima é aquela em que o influenciador publica uma foto ou vídeo de algo do seu cotidiano, como o seu cachorro, uma ida a praia, um pôr do sol, uma paisagem, um momento de estudo. Ela mostra parte da vida daquela pessoa aos seus seguidores, lembrando, por vezes, um diário.

Já o *publi post* é o post publicitário, isso é, uma publicação com a finalidade de publicitar um produto ou serviço, divulgando uma marca, de forma identificada e mediante pagamento. A identificação ocorre do espaço destinado a sinalizar localização em que a foto/o vídeo foram registrados ou por meio das *hashtags*⁶⁷ ou, mais recentemente, por uma barra vertical⁸ ao final da legenda.

⁴ FRANCO, Denise Sirimarco. *A responsabilidade civil das blogueiras de moda e beleza pela publicidade ilícita decorrente da celebração de contrato publicitário*. 2015. 46 f. Trabalho monográfico – Cedin Educacional, Belo Horizonte, 2015, p. 16-21.

⁵ Idem. *Blog: o novo espaço da publicidade à luz do Direito*. 2014. 66 f. Trabalho monográfico – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014.

⁶ *Hashtag* é uma palavra-chave, representada pelo símbolo #, e que tem a função de agrupar fotos e vídeos que possuam a mesma temática. É como se fossem dadas etiquetas às fotos e ao clicar nessa etiqueta o usuário

Nesse momento, para melhor compreensão da temática, é necessário explicitar a diferença de publicidade e de propaganda, as quais são tratadas como sinônimas no âmbito popular e até mesmo pelo legislador e por operadores do Direito.

Publicidade, do latim *publicus* (público), pode ser entendido como tornar público. Segundo Lúcia Dias⁹, “do ponto de vista mercadológico, a publicidade pode ser conceituada como o meio de divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar o consumo”, isto é, de criar o interesse de aquisição no consumidor. A princípio, a publicidade era apenas informativa, passando a predominar o caráter persuasivo com a Revolução Industrial, momento em que ocorreu o crescimento do mercado¹⁰.

Já propaganda, do latim *propagare* (propagar, difundir, espalhar, ampliar, perpetuar) é “Comunicação persuasiva. Conjunto de técnicas e atividades de informação e de persuasão destinadas a influenciar as opiniões, os sentimentos e as atitudes do público num determinado sentido”¹¹. A sua finalidade é de influenciar para a adesão a alguma ideia política, religiosa ou cívica. Segundo Dias¹²,

a propaganda não estaria atrelada a uma possível relação de consumo. Ganhar adesões a uma determinada ideia não significa estimular o ato de compra de um produto, mas alastrar pensamentos e percepções de mundo, ainda que, no limite e indiretamente, este movimento possa levar a escolhas econômicas.

Uma vez fixado o conceito de publicidade, deve ser retomada a análise dos tipos de postagens, em especial da postagem sobre produtos ou serviços concedidos pelas empresas, a qual possui maior potencial para gerar problemas quanto ao consumidor/seguidor. Trata-se de uma postagem feita a partir de produtos ou serviços ofertados por empresas, em que o

consegue visualizar outras fotos que se relacionam àquela originária. WIKIPÉDIA. *Hashtag*. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Hashtag>>. Acesso em: 12 out. 2016.

⁷ As *hashtags* mais usadas são #publicidade, #publi, #ad

⁸ O símbolo da barra vertical é |. Os influenciadores escrevem: |publicidade.

⁹ DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 21.

¹⁰ CASTRO, Maria Lília Dias de; GOMES, Neusa Demartini. *Publicidade: um olhar metodológico*. In: BARBOSA, Ivan Santo; PEREZ, Clotilde (Orgs.). *Hiperpublicidade: fundamentos e interfaces*. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

¹¹ BARBOSA, Gustavo Guimarães; RABAÇA, Carlos Alberto. *Dicionário de Comunicação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, 7. ed. p. 598.

¹² DIAS, op. cit., p.23.

influenciador os cita ou os descreve ao seguidor. Essa postagem pode ser sincera quanto às qualidades e defeitos do produto ou pode mascarar uma publicidade, o que viola os direitos do consumidor.

Por fim, há a postagem dos produtos ou serviços adquiridos. Nela o influenciador publica uma foto ou vídeo indicando a aquisição, por pura liberalidade, como uma verdadeira dica ou indicação ao seu seguidor. A princípio não haveria problemas ao consumidor com esse tipo de postagem, pois o próprio influenciador paga pelo bem. No entanto, eles podem ocorrer quando o anunciante contrata uma publicidade para que o influenciador diga que comprou o produto, tentando estimular a compra por aquele meio, como uma conduta extremamente natural.

Tendo por base a classificação das postagens, bem como o conceito de publicidade e uma noção da importância atual dos *digital influencers* no meio publicitário e na alavancagem das vendas de produtos e serviços, é preciso analisar alguns problemas jurídicos que essa nova forma de fazer publicidade pode causar.

2. OS PROBLEMAS ORIUNDOS DA PUBLICIDADE NO *INSTAGRAM*: UMA ANÁLISE À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A utilização da publicidade em larga escala, para atingir o público em massa apresenta vários problemas. Esses problemas, a princípio inofensivos, podem tornar-se graves, em especial porque tangenciam ou muitas vezes violam direitos fundamentais como a autonomia da vontade e a informação.

Essa violação ocorre frequentemente de forma imperceptível ou muito bem disfarçada, de modo que, destinatários da publicidade não se dão conta do que está por trás daquela simples postagem ou anúncio. Por isso, é fundamental entender os problemas que advém da publicidade no *Instagram* feita pelos *digital influencers*.

A publicidade feita nos dias de hoje é mais inteligente. Isso ocorre pela necessidade de persuasão eficiente, tendo em vista que a facilidade de acesso à informação permite que uma pessoa saiba as qualidades e defeitos de um produto ou serviço antes de adquiri-lo, fazendo com que, em teoria, haja uma seletividade no comprar. Ademais, houve a necessidade de reformulação da publicidade ante aos excessos e às lesões causadas pela publicidade realizada na época da Revolução Industrial. Em tal época, conhecida como era secundária da publicidade, em razão da concorrência entre as marcas na busca de consumidores para a produção em massa, era feita a chamada publicidade combativa, que era mais agressiva, por tentar impor um produto ao invés de sugeri-lo¹³.

Como a concorrência aumentou daquela época para a contemporânea - a era terciária-, a publicidade passou por uma sofisticação. Os publicitários passaram a utilizar estudos de mercado, psicologia social, sociologia e psicanálise para criar e persuadir. Agora, a publicidade atua sobre as motivações inconscientes do público, obrigando-o a tomar atitudes e levando-o a determinadas ações¹⁴.

Ao adquirir algum bem ou serviço, na maioria das vezes, o consumidor age por impulso, a partir de um desejo de ter determinado bem. Isso se justifica pela existência de uma ciência por trás do simples ato de compra: a formação de hábito.

Na década de 1900, um grande publicitário americano chamado Claude C. Hopkins¹⁵ já usava a técnica da formação de hábito nas campanhas publicitárias produzidas por ele para vender produtos que eram lançados¹⁶. Assim, uma vez formado o hábito, as pessoas sempre comprarão aquele produto, já que a rotina acontece por hábito. Essa técnica mudou a forma de

¹³ MUNIZ, Eloá. *Publicidade e propaganda: origens históricas*. Disponível em: <<http://eloamuniz.com.br/arquivos/1188171156.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2016

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Claude C. Hopkins foi responsável pela divulgação de grandes marcas com a produção de publicidade, tais como Palmolive, Quaker, Goodyear, Pepsodent, entre outras.

¹⁶ DUHIGG, Charles. *O poder do hábito: por que fazemos o que fazemos na vida e nos negócios*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 49.

se fazer publicidade e também passou a ser aplicada em diversas áreas, até mesmo em campanhas governamentais¹⁷.

Conforme explica Charles Duhigg¹⁸, o hábito é formado por uma deixa, uma rotina e uma recompensa:

Primeiro há uma *deixa*, um estímulo que manda seu cérebro entrar em modo automático, e indica qual hábito ele deve usar. Depois, há a *rotina*, que pode ser física, mental ou emocional. Finalmente, há uma *recompensa*, que ajuda seu cérebro a saber se vale a pena memorizar esse loop específico para o futuro.

Além disso, depois, a ciência verificou que para que as deixas funcionem é preciso que haja um anseio pela recompensa¹⁹.

Atualmente milhares de produtos são vendidos com base nessa estratégia de formação de hábitos e de anseio de recompensas e é possível dizer que essa técnica também é utilizada na publicidade realizada no *Instagram* pelos influenciadores, na medida em que, ao ganharem notoriedade, os seguidores passam a desejar vestir a roupa que o influenciador usa como forma de se sentir bonito ou com status, de se sentir como o influenciador é, de ter a vida que ele tem. Cria-se um desejo por aqueles determinados bens e serviços, que podem ser de luxo ou não, apesar de, em geral, o *Instagram* vender uma “vida dos sonhos”, em que todos são felizes, viajam, tem bens materiais e frequentam bons lugares.

O grande problema, como é possível perceber aqui, é que o consumidor não se dá conta de que está sendo estimulado a criar um novo hábito e, conseqüentemente, a passar a adquirir um produto ou serviço diversas vezes ao longo dos anos. Conforme relata Duhigg²⁰, os pesquisadores descobriram que a maioria das pessoas compra as mesmas marcas de cereal matinal e de desodorante sempre que vão as compras, ainda que não gostem muito do produto, tudo em razão do hábito formado.

¹⁷ Ibid, p. 49

¹⁸ Ibid, p. 36

¹⁹ Ibid, p. 50.

²⁰ Ibid, p. 204 e 199.

Dada a maior competitividade entre as lojas e indústrias, passou a ser fundamental não só criar hábitos nos consumidores, mas fazê-los mudar tais práticas. Mais uma vez, auxiliados pela ciência e seus experimentos e suas pesquisas, os fornecedores descobriram que as pessoas mudam seus hábitos de consumo quando passam por um grande acontecimento em suas vidas²¹. Por óbvio, essa informação também é utilizada para alavancar as vendas.

Assim, o consumidor é induzido a ter diversos comportamentos. Entretanto, essa indução é sofisticada, de modo que ninguém perceba que está sendo induzido. O consumidor acha que, por sua livre e espontânea vontade está comprando determinado produto ou serviço ou mudando suas preferências, quando essa vontade não é livre, mas, sim, condicionada.

Daí a grande importância de se tutelar o consumidor, como fez a Constituição Federal, em seus artigos 5º, XXXII; 48; e 170, V; e, também de que a publicidade seja identificada, conforme determina o art. 36, *caput*, Código de Defesa do Consumidor. Só assim, com a publicidade colocada como fonte de obrigações²², o consumidor tem mais recursos para entender que uma determinada mensagem visa influenciá-lo.

Entretanto, a identificação da publicidade não vem sendo muito respeitada no âmbito do *Instagram*, na medida em que os influenciadores só indicam o local onde é possível obter o produto ou o serviço. Ora, se pela própria curiosidade dos seguidores ou a teor de compartilhar uma informação, o influenciador indica uma marca, não significa que isso seja um anúncio publicitário, pois pode fazê-lo por liberalidade. No entanto, e aí é que está o problema, essa indicação também pode ter caráter publicitário e não estar respeitando a lei, por não ficar claro que se trata de uma publicidade, por não ser uma publicidade identificada.

Os influenciadores ao realizarem publicidade como se fosse uma “dica de amigo” induzem o seguidor a uma compra que não é realizada de forma consciente. Quando um

²¹ Ibid, p. 204

²² CAVALIEI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 3. ed., 2011, p. 132.

amigo da vida real indica um produto, a tendência é que a pessoa o compre ou pelo menos se interesse por ele, pois há uma relação de confiança entre essas pessoas, no sentido de que a indicação é confiável e diz respeito a algo bom e que, por isso, é compartilhado. A mesma sensação ocorre com os influenciadores, pois há as informações prestadas por liberalidade e que frequentemente são boas, mas há falsas dicas, que são, na verdade, anúncios publicitários, cujos produtos e serviços não serão, muitas vezes, adequados à realidade e às necessidades daquela pessoa, mas que serão adquiridos ainda assim pelo desejo criado.

Trata-se da publicidade redacional oculta que é “a mensagem na qual a menção ao produto ou serviço, embora com fins publicitários, aparenta ser fruto de uma livre escolha do redator”²³. Ela é observada quando há finalidade promocional na mensagem e os destinatários não conseguem identificá-la.

Tal conduta pode fomentar o superendividamento do consumidor, na medida em que, tendo acesso ao crédito, o consumidor irá comprar bens por impulso, sem uma real necessidade. E como as novidades do mercado são cotidianas, há um desejo contínuo na aquisição desses produtos ou serviços, sem a consciência necessária no ato da compra.

Além disso, tanto a publicidade redacional oculta, quanto a publicidade convencional, feita pelo influenciador podem ser enganosas²⁴, levando o consumidor a erro²⁵, em especial quanto a qualidade ou propriedade do produto. Em razão da relação de confiança estabelecida, do pacto redacional, o seguidor ao ler a mensagem ou ao ver a foto ou o vídeo, acredita que aquele produto ou serviço específico tem uma determinada característica que o torna bom, pois o influenciador atribui adjetivos como ótimo, confortável, entre outros²⁶. E, muitas vezes, ao adquirir esse bem – e nem sempre por um preço acessível ou compatível –

²³ DIAS, op. cit., p. 224.

²⁴ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Art. 37. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 05 out. 2016.

²⁵ “Erro é a falsa representação da realidade. É juízo falso, enganoso, equivocado, incorreto que se faz de alguém ou alguma coisa. Logo, será enganosa a publicidade capaz de levar o consumidor a fazer uma falsa representação do produto ou serviço que está sendo anunciado”. CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 135.

²⁶ Não se trata de *puffing*, o exagero na publicidade, o qual não tem força vinculante.

verifica que incorreu em erro. Tal erro pode acontecer com qualquer consumidor, desde o mais informado ao menos, o que tem maior condição econômica e o que não tem, o que tem maior consciência no ato de compra e o que não tem.

Entretanto, tais realidades distintas de consumidor também não podem ser desconsideradas quando se trata de publicidade, na medida em que uns tem uma hipossuficiência maior e, por isso merecem maior atenção, como os adolescentes, que são pessoas em desenvolvimento. As mulheres também tendem a ser mais impulsivas para as compras e, por isso, há um grande direcionamento de publicidade a elas.

A publicidade feita pelo influenciador no *Instagram* ainda pode ser abusiva²⁷, por ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de uma forma prejudicial ou perigosa à sua saúde. É o caso do formador de opinião que dá dicas de exercícios físicos, de dietas, de suplementos e até mesmo de manipulados, ofertando, ainda, descontos em determinada farmácia de manipulação. Trata-se de uma prática muito preocupante, na medida em que adolescentes acessam a rede social e são diretamente influenciados por essas pessoas, sem o mesmo juízo crítico de uma pessoa adulta, sendo que seu corpo ainda está em formação. De acordo com a psicóloga e psicanalista Patrícia Gipsztjn Jacobson²⁸, mesmo quando as blogueiras informam o patrocínio as adolescentes não veem a publicidade, seja porque não querem ver, seja porque não têm capacidade para ver. Ela sustenta que o que as interessa é a dieta e os exercícios feitos pelas influenciadoras, como forma de atingirem aquele determinado tipo de corpo. Na prática constata-se que até mesmo um adulto, por vezes, movido pelo desejo de ter um “corpo perfeito” acaba aderindo à mensagem publicitária e colocando a sua saúde física e mental em risco. Por isso, esse tipo de publicidade merece

²⁷ Vide nota 24.

²⁸ DUVIDE das blogueiras fitness. Entrevistada: Patrícia Gipsztjn Jacobson. Canal *Eu Vejo*, de Daiana Garbin. Publicado em: 4 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kz0nh5AEqn4>>. Acesso em: 10 set. 2016.

ainda mais atenção, em razão das consequências que pode trazer, não só a título individual, mas, também, para a saúde pública.

Verificados alguns possíveis problemas que a publicidade no *Instagram*, feita por *digital influencers* pode causar, é necessário analisar como o ordenamento jurídico brasileiro pode tutelar os seguidores/consumidores.

3. O DIREITO DE PUBLICITAR À LUZ DA BOA-FÉ E DO DEVER DE INFORMAÇÃO

No Brasil, a publicidade é regulada por um sistema misto de controle, formado pela participação da administração pública e do Poder Judiciário e pela autoregulação realizada pelo Conselho Nacional de Autoregulação Publicitária (CONAR), órgão para-estatal. Por isso, tanto a legislação quanto o Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária são aplicáveis a qualquer publicidade realizada, mesmo em meios antes não existentes como o *Instagram*, uma vez que se tutela o consumidor frente a publicidade. Nesse sentido, cabe esclarecer que não há sociedade de consumo sem publicidade e que, por isso, o controle legal da publicidade não visa eliminá-la, mas conter os seus abusos²⁹. Ademais, a própria Constituição Federal protege a atividade publicitária como atividade econômica, resguardada pela livre concorrência e pela livre iniciativa, fundamento da ordem econômica (arts. 170, *caput*, IV e parágrafo único, CRFB/88), e pelo princípio da liberdade de expressão (arts. 5º, IX e 220, CRFB/88). Nas palavras de Lúcia Dias³⁰,

[...] o Direito, evidentemente, não ignora – e nem poderia ignorar – a importância da publicidade para o desenvolvimento econômico, seja como motor da dinâmica competitiva, inovação e redução do custo unitário dos produtos, seja ainda como importante fonte de receita dos veículos de comunicação (jornais, rádios, televisões), ou ainda, como pontua Benjamin, como fator de relevância para a vida cultural do país por meio do financiamento, total ou parcial, de programas culturais (ao que hoje se denominou de “marketing cultural”).

²⁹ BENJAMIN, Antonio Herman V. *Oferta e publicidade*. In: BENJAMIN, Antonio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6. ed. rev., atual. e ampl., 2014. p. 270 e 275.

³⁰ DIAS, op. cit., p. 28.

Por isso, a regulamentação da publicidade é necessária para assegurar esses mesmos valores e também, ao mesmo tempo, para tutelar o consumidor, o qual também foi prestigiado pela Constituição.

Com base nisso, tanto o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária quanto o Código de Defesa do Consumidor dispõem sobre a necessidade de que a publicidade seja identificada, bem como vedam a publicidade abusiva e a publicidade enganosa, espécies de publicidade ilícita. Trata-se de uma proteção pré-contratual, quando ainda há a expectativa de consumo³¹.

Diante dos problemas explicitados anteriormente, verifica-se que o fato de o *digital influencer* informar que está publicitando naquela foto ou vídeo, além de cumprir a lei, evita diversos problemas para o consumidor, pois possibilita que o seguidor adote uma posição defensiva frente a publicidade. De acordo com Fernández Novoa³², se nada é informado o consumidor outorga

uma grande credibilidade e está disposto a acolher as afirmações fácticas e os juízos valorativos contidos nos artigos e comunicações informativas. A maior credibilidade que o público confere às notícias e artigos informativos se deve a que o público confia no rigor e na objetividade das informações veiculadas pela imprensa: o juízo imparcial de redação de um periódico goza de maior autoridade e influi mais eficazmente sobre o consumidor do que a exposição subjetiva do empresário plasmada em um anúncio.

Apesar de o *Instagram* não se tratar de um órgão da imprensa, tal ideia também é a ele aplicável, na medida em que há grande credibilidade quanto aos influenciadores, em razão da relação de confiança formada com o seguidor.

Por isso, não basta que o *digital influencer* indique a loja que comprou determinada roupa ou indique uma editora jurídica como “parceira” ao mostrar os livros recebidos aos concourseiros, pois poderiam ser confundidos com compartilhamento de informações por liberalidade, quando não o são. Conforme ressaltado por Lúcia Dias³³, havendo “interesse

³¹ BENJAMIN, op. cit., p. 276.

³² NOVOA *Apud* DIAS, op. cit., p. 224.

³³ *Ibid*, p. 103.

econômico na divulgação do produto, necessário advertir o consumidor de que se trata de um ‘informe publicitário’ e não de uma opinião desinteressada do veículo ou do jornalista”. Assim, é necessário que haja identificação clara de que se trata de um anúncio publicitário, seja na legenda da foto, pela descrição ou por meio das *hashtags* #publi e #publicidade, não sendo recomendado o uso de #ad, por se referir à palavra *advertising*, isso é, palavra estrangeira, que não necessariamente é do conhecimento de todos.

Há, inclusive, decisões do CONAR³⁴ advertindo *digital influencers*³⁵ sobre a necessidade de identificar a mensagem como sendo publicitária, determinando a alteração da mensagem e até mesmo determinando a suspensão da mensagem.

De igual forma, deve ser combatida a publicidade enganosa, que é vedada pelo ordenamento. Ela pode ocorrer tanto por ação quanto por omissão e, para a sua configuração, basta a sua capacidade de induzir a erro, sendo aferida em abstrato³⁶. Por essa razão, o influenciador, ao transmitir sua mensagem, deve estar ciente dos deveres a que está sujeito, como dever de informação, nele compreendido o dever de informar corretamente; o dever de lealdade, considerando que o seguidor confia nele; e o dever de solidariedade. Incide também aqui a boa-fé objetiva, que exige uma conduta transparente e leal das partes; que coloca um limite³⁷ ao direito subjetivo de publicitar; e que cria deveres anexos. Por isso, as mensagens devem ser o mais claras e o mais objetivas possível, de modo a evitar a falsa representação da realidade, uma vez que pelo Código de Defesa do Consumidor, a configuração de enganabilidade independe da boa ou da ma-fé do anunciante³⁸, sendo tais aspectos relevantes na seara penal.

³⁴ As primeiras decisões foram advertindo as blogueiras Mariah Bernardes, Thássia Naves e Lalá Rudge por publicidade não identificada nos *blogs* (Representações 221/12 – 222/12 - 223/12). Posteriormente, outros *blogs* passaram a adotar a recomendação.

³⁵ Representações 092/15, 211/15, e 177/16 em face de Gabriela Pugliesi

³⁶ BENJAMIN, op. cit., p. 283.

³⁷ BRASIL. Código Civil. Art. 187. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 5 out. 2016.

³⁸ BENJAMIN, op. cit., p. 283.

No tocante à publicidade abusiva, que também vedada, essa requer atenção especial, na medida em que os valores envolvidos são ainda mais caros, como a saúde física e mental e a própria dignidade da pessoa humana. A prática de exercícios é muito importante, em razão dos inúmeros benefícios para a saúde, assim como o é a alimentação saudável e propagar esses valores é louvável. No entanto, não cabe a publicidade de suplementos, de fitoterápicos, de *shakes*, entre outros, em especial indicando a quantidade que o *digital influencer* consome, pois ela pode colocar a saúde e a vida de muitas pessoas em risco por seu uso inadequado e inapropriado, considerando que cada corpo é único. Ante às experiências vivenciadas atualmente de culto ao corpo, de idolatria da imagem, e da velocidade de transmissão de informações pelas redes sociais, mais cuidado se deve ter quanto a publicidade de influenciadores ligada ao *fitness*.

Em caso de descumprimento das regras do Código Brasileiro e Autoregulamentação Publicitária, cabe a ação do CONAR, de ofício ou mediante reclamação de consumidores, para apurar e julgar as situações que se apresentarem e, se for o caso, aplicar as penalidades previstas no art. 50 do Código. Além disso, como o Poder Judiciário é competente para apreciar lesão ou ameaça a direito³⁹, na defesa do consumidor é possível a determinação de contrapropaganda⁴⁰, além da imposição de sanções penais⁴¹, sem prejuízo de eventuais reparações cíveis.

Portanto, é possível concluir que apesar de o Estado tutelar a atividade publicitária, é mandatório o respeito ao consumidor, em atenção à sua hipossuficiência e à boa-fé objetiva e ao dever de informação.

CONCLUSÃO

³⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, XXXV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

⁴⁰ Art. 60, CDC. Vide nota 24.

⁴¹ Arts. 67 e 68, CDC. Vide nota 24

Em uma realidade de transmissão de informações em tempo real e de uso de novas mídias como forma de se expressar e interagir com outras pessoas, aqueles que se destacam como formadores de opinião, os *digital influencers*, devem realizar publicidade de forma identificada e clara, sem que essa tenha capacidade para enganar e que não seja abusiva. O respeito à regulamentação mista da publicidade deve ocorrer, pois o que se tutela é a publicidade, independente do meio em que é feita. Com isso, os valores constitucionais de humanização das relações contratuais, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade; e os valores infraconstitucionais, como a boa-fé e a lealdade, estarão sendo respeitados, sem que se deixe de prestigiar o desenvolvimento econômico e social do país.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Gustavo Guimarães; RABAÇA, Carlos Alberto. *Dicionário de Comunicação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, 7. ed.

BENJAMIN, Antonio Herman V. *Oferta e publicidade*. In: BENJAMIN, Antonio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6. ed. rev., atual. e ampl., 2014. p. 253-294.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 5 out. 2016.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

CASTRO, Maria Lília Dias de; GOMES, Neusa Demartini. *Publicidade: um olhar metodológico*. In: BARBOSA, Ivan Santo; PEREZ, Clotilde (Orgs.). *Hiperpublicidade: fundamentos e interfaces*. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

CAVALIEI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 3. ed., 2011.

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

DUHIGG, Charles. *O poder do hábito: por que fazemos o que fazemos na vida e nos negócios*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

DUVIDE das blogueiras fitness. Entrevistada: Patrícia Gipsztjn Jacobson. Canal Eu Vejo, de Daiana Garbin. Publicado em: 4 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kz0nh5AEqn4>>. Acesso em: 10 set. 2016.

FRANCO, Denise Sirimarco. *Blog: o novo espaço da publicidade à luz do Direito*. 2014. 66 f. Trabalho monográfico – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014.

_____. *A responsabilidade civil das blogueiras de moda e beleza pela publicidade ilícita decorrente da celebração de contrato publicitário*. 2015. 46 f. Trabalho monográfico – Cedin Educacional, Belo Horizonte, 2015.

MUNIZ, Eloá. *Publicidade e propaganda: origens históricas*. Disponível em: <<http://eloamuniz.com.br/arquivos/1188171156.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2016

ORIHUELA, José Luis. *Blogs e blogosfera: o meio e a comunidade*. In: ALONSO, Júlio; ANTÚNEZ, José Luis; ORDUNA, Octavio I. Rojas; ORIHUELA, José Luis; VARELA, Juan Varela. *Blogs: revolucionando os meios de comunicação*. São Paulo: Thomson Learning, 2007. p.1-20.

SCHREIBER, Anderson. *Direito e mídia*. In: (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 9-26.

WIKIPÉDIA. *Hashtag*. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Hashtag>>. Acesso em: 12 out. 2016.