

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS POR PUBLICIDADE ENGANOSA NO *INSTAGRAM* E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Ingrid Nascimento dos Santos Franco

Graduada pela Universidade do Grande Rio.
Advogada.

Resumo - Com a evolução das mídias sociais, a publicidade foi impulsionada de forma mais rápida no *Instagram*. As grandes empresas, atualmente, divulgam seus produtos e serviços nos perfis dos influenciadores digitais, aumentando o número de registros de publicidade enganosa nas redes. Com o consumo intensificado pelo uso das redes sociais não é possível afastar a condição da parte mais frágil da relação consumerista, que é o consumidor, destinatário de todas as formas de gatilhos mentais usados no marketing de influência no *Instagram*. O trabalho científico busca analisar a divergência no mundo jurídico sobre a responsabilidade civil das celebridades que divulgam publicidade enganosa em seus perfis, observando também a liberdade artística e intelectual no trabalho de marketing. Diante do trabalho realizado, entende-se pela responsabilidade civil objetiva dos influenciadores, uma vez que sua atuação perante o consumidor se confunde com o próprio fornecedor dos produtos e serviços. Ademais, entender pela responsabilidade civil objetiva reforça a proteção principiológica do Código de Defesa do Consumidor, conforme artigo 5º, XXXII da CRFB/88, no qual o Estado promoverá a defesa do consumidor na forma da lei.

Palavras-chave - Direito do Consumidor. Responsabilidade Civil. Publicidade. Vulnerabilidade do Consumidor.

Sumário - Introdução. 1. A publicidade enganosa do influenciador na era digital à luz da Lei 8.078/1990. 2. A vulnerabilidade do consumidor perante o trabalho de marketing de influência no *Instagram*. 3. A publicidade e sua regulamentação no Brasil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A evolução da internet desenvolveu novas formas de interação entre as pessoas que passaram a se comunicar de forma mais rápida e imediata. O mundo virtual é um grande aglomerado das redes sociais, como *Instagram*, *Facebook*, *YouTube* e outros, que no primeiro momento, eram espaços recreativos de publicação de fotos, vídeos e trocas de curtidas entre seus usuários, mas, ao longo dos anos, proporcionaram mudanças comportamentais focadas no imediatismo e ansiedade em divulgar informações e resolver questões.

Consequentemente, as redes sociais, principalmente o *Instagram*, começaram a servir de plataforma para ampla disseminação de marcas por meio dos chamados *publiposts* nos perfis de muitos influenciadores, gerando oportunidades de negócios.

Tais perfis se mostraram propícios para grandes empresas, pois aqueles exerciam uma influência muito grande no estilo de vida de seus seguidores.



Os influenciadores, rotulados como *digital influencers*, passaram a ser contratados para atrair o máximo de consumidores por meio de suas postagens. Dessa forma, o *Instagram* se transformou em uma das ferramentas mais importantes do mundo para impulsionar o marketing digital de grandes marcas, visando a capitalizar clientes e a maximizar lucros, devido à sua rápida propagação de conteúdo, sua repercussão instantânea e custo baixo de divulgação.

Assim, o acesso ao consumo vem se difundindo a instâncias cada vez mais amplas da vida coletiva, já não sendo um privilégio da elite participar do universo consumerista.

Todavia, as ostensivas divulgações no *Instagram* não esclarecem de forma honesta e verdadeira, na maioria dos casos, as informações sobre os produtos e serviços comercializados, fazendo aumentar as reclamações dos consumidores por publicidade enganosa. Sobre esse tema, surge a dúvida sobre uma possível responsabilização civil objetiva dos influenciadores do *Instagram* por publicidade enganosa.

O instituto é controvertido tanto na doutrina como na jurisprudência. Portanto, no primeiro capítulo será discutida a responsabilidade civil objetiva e subjetiva; os elementos que as diferenciam; bem como as divergências no mundo jurídico sobre a possibilidade de responsabilização civil objetiva dos influenciadores digitais, tendo como parâmetro o Código de Defesa do Consumidor.

O segundo capítulo segue analisando a proteção do consumidor na relação de consumo, levando em consideração seu comportamento vulnerável perante o Marketing de influência no *Instagram* e a boa-fé objetiva no vínculo consumerista.

Para o fechamento da pesquisa científica, no terceiro capítulo será abordada a regulamentação da publicidade no Brasil, destacando as diretrizes do CONAR, Conselho Nacional de Autorregulamentação, e seu entendimento sobre a responsabilidade do influenciador digital ao divulgar uma publicidade enganosa em seu perfil no *Instagram*.

O objetivo da pesquisa é verificar se o comportamento dos influenciadores digitais, ao divulgar um produto ou serviço por meio de publicidade enganosa, viola as diretrizes estampadas no Código de Defesa do Consumidor. Além disso, comprovar que é viável a possibilidade de responsabilização civil objetiva dos influenciadores digitais no *Instagram* por publicidade enganosa de produtos e serviços nas demandas judiciais, bem como a equiparação daquele ao fornecedor sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, gerando uma responsabilidade civil solidária.

Ademais, o artigo pretende defender que o comportamento do potencial consumidor no *Instagram* merece uma proteção jurídica, por ser considerado vulnerável nas relações de consumo diante das publicidades enganosas.



A pesquisa será desenvolvida pelo método explicativo, uma vez que o pesquisador tem como objetivo procurar respostas para as hipóteses formuladas no início do texto, as quais acredita serem viáveis para analisar o objeto do artigo científico.

À vista disso, a pesquisa se valerá de uma abordagem qualitativa e bibliográfica, visando a resolver questões controvertidas que surgem da análise da discussão em foco e solucioná-las. Para tanto, o pesquisador recorrerá à doutrina, à lei e à jurisprudência como fontes de estudo para sanar a controvérsia levantada no texto para defender seu ponto de vista.

1. A PUBLICIDADE ENGANOSA DO INFLUENCIADOR NA ERA DIGITAL À LUZ DA LEI Nº 8.078/1990

A publicidade nasce de uma criação intelectual e sempre foi uma prática comercial usada para expandir ideias ao público, buscando influenciar o seu potencial consumidor a adquirir determinado produto ou serviço. Segundo Jacobina¹, a publicidade é “a arte de criar, no público, a necessidade de consumir”.

A Constituição Federal de 1988² inseriu a atividade intelectual, artística e de comunicação no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º. Porém, essa atividade comercial deve sempre estar atrelada ao direito do consumidor, que é considerada a parte mais frágil nas relações econômicas e consumeristas.

Todavia, com o avanço tecnológico da internet ao longo dos anos, as mídias sociais foram introduzidas rapidamente ao cotidiano do brasileiro, trazendo um forte impacto na forma de fazer publicidade no mundo digital e de se comunicar.

Com mais de 800 milhões de usuários ao redor do mundo, o *Instagram* se tornou uma rede de grandes possibilidades de negócios³. Assim, para que o cenário da publicidade fosse impulsionado, visando a abarcar mais consumidores, as empresas viram no influenciador digital do *Instagram* uma grande oportunidade de expansão em massa dos seus produtos e serviços, devido ao alto poder de convencimento do influenciador sobre o seu seguidor.

¹JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Publicidade no Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.15.

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

³D'ANGELO, Pedro. *Pesquisa sobre o uso do Instagram no Brasil: hábito, frequência e relação com as empresas*. Disponível em: <<https://blog.opinionbox.com/pesquisa-uso-de-instagram-no-brasil/>>. Acesso em: 03 abr. 2021.



Em uma sociedade de exposição em que se cultua a aparência e a vaidade, não é difícil entender a razão pelo qual o *Instagram* se tornou uma das redes sociais mais acessadas e de tanto sucesso, pois sua rede é praticamente baseada em imagens, fotos e vídeos, ou seja, a plataforma é um conjunto de exibições dos momentos mais agradáveis da vida do outro.

De acordo com Marcos Cobra⁴, “a publicidade se preocupa também com o comportamento dos indivíduos como consumidores e os motivos que os levam a comprar”.

Entretanto, as informações essenciais sobre determinado produto ou serviço não são repassados de forma clara e honesta ao consumidor, fazendo com que o ordenamento jurídico brasileiro se manifeste sobre a responsabilidade civil dos influenciadores digitais por essas novas tendências de publicidade, levando em consideração a vulnerabilidade do consumidor. Assim, vale ressaltar como é regulamentada a publicidade no Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 4º do CDC⁵ trata da política nacional de relações de consumo, que tem como objetivo o atendimento ao consumidor, respeito à sua dignidade, boa-fé e reconhecimento de sua vulnerabilidade. Segundo Nunes⁶, o Código de Defesa do Consumidor é compreendido como uma norma principiológica, diante da proteção que se extrai do artigo 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988. O dispositivo constitucional ensina que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor⁷. Para o autor, o CDC concretizou numa norma infraconstitucional esses princípios e garantias constitucionais.

Como forma de ampliar a proteção ao consumidor, o CDC proíbe e conceitua expressamente a publicidade enganosa no artigo 37, § 1º⁸, como modalidade de informação falsa, mesmo que por omissão, capaz de induzir o consumidor a erro a respeito das características e natureza dos produtos e serviços.

A publicidade enganosa não se enquadra com a proteção principiológica, pela qual, o Código de Defesa do consumidor foi elaborado, pois aquele viola os direitos básicos nas relações de consumo, como informação adequada e clara.

Diante dessa análise, pode-se concluir que para o CDC o anúncio publicitário feito para atingir o público-alvo como forma de convencê-lo a adquirir determinado item ou serviço, configura relação de consumo.

⁴COBRA, Marcos. *O Impacto da Propaganda*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 48.

⁵BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁶NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 113.

⁷BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁸BRASIL, op. cit., nota 5.



Entende-se que, o seguidor é o consumidor, destinatário final da publicidade, previsto no artigo 2º do CDC e o influenciador digital é o fornecedor, pois atua diretamente com seu público, definido no artigo 3º do CDC.

A responsabilidade civil sob a ótica do Direito do consumidor se divide em: responsabilidade civil objetiva e subjetiva. Em razão da sociedade capitalista em que Brasil está inserido, muito pela livre iniciativa para exploração da atividade econômica, fundamento resguardado pela CRFB/88 em seus artigos 1º, IV e 170⁹, uma de suas características é o risco do empreendimento, pois o empresário empreendedor está sujeito ao sucesso em seu negócio e ao fracasso também.

Dentro dessa lógica, o CDC estabeleceu a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e serviços por eventuais danos e prejuízos causados aos consumidores, com base nos artigos 12, 13 e 14 todos do CDC¹⁰. Conforme ensinam Tartuce e Neves¹¹, a responsabilidade civil objetiva é definida para facilitar a tutela dos direitos do consumidor, em prol de reparação integral dos danos, em observância ao acesso à justiça.

A regra da responsabilidade objetiva trata de eximir o consumidor do ônus de provar a culpa ou dolo do fornecedor, isto é, nas relações consumeristas, em muitos casos, o juiz pode e deve atribuir ao fornecedor o ônus de provar que o dano não ocorreu, pois ele detém maior capacidade probatória perante o consumidor vulnerável e hipossuficiente. Entretanto, essa regra é quebrada quando se trata de responsabilidade civil dos profissionais liberais, cuja responsabilidade pessoal será apurada mediante verificação de culpa – responsabilidade subjetiva.

A doutrina de Tartuce¹² ensina que é imprescindível a verificação de dolo – intenção de causar dano, ou culpa, que é uma conduta negligente, imprudente e imperita dos profissionais liberais, uma vez que eles também se encontram numa posição de vulnerabilidade na relação consumerista. Ademais, os profissionais liberais prestam serviços *intuitu personae*, ou seja, de caráter personalíssimo, como os advogados e médicos.

Passando por esse estudo, é possível verificar que o CDC adotou a Teoria do Risco que faz nascer para o fornecedor de produtos e serviços o dever de indenizar o consumidor pelo dano, seja material ou moral, independentemente culpa.

⁹BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 5.

¹¹TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 6. ed. rev; atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017, p. 89.

¹²Ibid, p. 90.



De acordo com Tartuce e Neves¹³, a responsabilidade objetiva e solidária adotada pelo CDC deve ser ampliada para alcançar todos os participantes da cadeia da publicidade, incluindo a celebridade que faz a propaganda.

Analisando os argumentos dos autores, a responsabilidade civil objetiva do *digital influencer* se respalda na cadeia publicitária, da qual o influenciador participa tendo contato direto com o público, pois atrela o seu nome ao produto divulgado e sua imagem agrega confiabilidade ao que está sendo vendido.

Entender que o influenciador digital tem responsabilidade civil objetiva e solidária nas demandas consumeristas é reforçar o protecionismo criado pelo CDC por meio da teoria da aparência – hipótese em que o consumidor pode acionar aquele que parece ser o real fornecedor. Além disso, essa teoria se fortalece nos casos em que muitos influenciadores recebem porcentagem pelas vendas dos produtos, lucrando juntamente com a marca, confundindo-se com o verdadeiro anunciante.

Para Marques¹⁴, as celebridades e os influenciadores digitais são equiparados aos fornecedores – fornecedor por equiparação, ampliando os responsáveis pela oferta. O autor define fornecedor equiparado como “aquele terceiro na relação de consumo, um terceiro apenas intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, mas que atua frente a um consumidor ou a um grupo de consumidores como se fornecedor fosse”.

Apesar da contundência dos argumentos citados, a jurisprudência dos Tribunais não se coaduna com esse pensamento. De acordo com o Ministro do STJ, Humberto Gomes de Barros, o fornecedor-anunciante é o único responsável pela publicidade enganosa, porque os direitos básicos do consumidor elencados no artigo 6º do CDC não vinculam o veículo de publicação, ou seja, por qualquer violação as normas do CDC, o consumidor deve somente demandar o fornecedor-anunciante¹⁵.

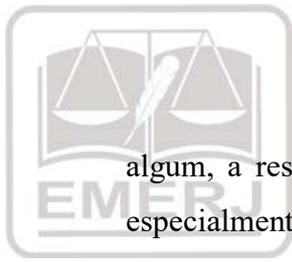
Por outro lado, há divergências dentro do próprio Tribunal. Segundo o relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino¹⁶, o disposto no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor disciplina tão somente o sujeito e o objeto da prova, não afastando, em momento

¹³Ibid, p. 220.

¹⁴MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio H. V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 83.

¹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 604172*. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8932345/recurso-especial-resp-604172-sp-2003-0198665-8-stj/relatorio-e-voto-14100158>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

¹⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 1391084*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864461952/recurso-especial-resp-1391084-rj-2011-0295914-5/inteiro-teor-864461962?ref=serp>>. Acesso em: 31 mar. 2021.



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.

Como observado, as novas técnicas de publicidade nas redes sociais pelo influenciador digital levantam controvérsia sobre se seu trabalho na rede se enquadra na cadeia publicitária na figura do fornecedor-anunciante ou mero profissional liberal que empresta sua imagem para fazer os *publiposts* na plataforma. Há uma grande tendência dos Tribunais a imputarem a responsabilidade civil objetiva pela publicidade enganosa no *Instagram* somente aos anunciantes, limitando a responsabilidade dos influenciadores digitais a uma mera sanção administrativa, aplicada pelo CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação), que será analisada no capítulo 3.

2. DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR PERANTE O TRABALHO DE MARKETING DE INFLUÊNCIA NO *INSTAGRAM*

O Marketing de influência é a união de grandes empresas e influenciadores digitais para criar um relacionamento mais próximo entre o consumidor e a marca, fazendo o atual milênio ser caracterizado pela intensa utilização das tecnologias de informação, como a Internet. Conseqüentemente, a população vem buscando mais instantaneidade e imediatismo nas formas de obter algo, seja por meio de uma compra *online*, seja pela busca de qualquer outro serviço.

De acordo com essa realidade vivenciada na sociedade de consumo, intensificado pelo uso das redes sociais, não é possível afastar a condição de parte mais frágil da relação consumerista, que é o usuário da rede que se torna um potencial consumidor ao se deparar com as centenas de publicidades que enchem sua *timeline*.

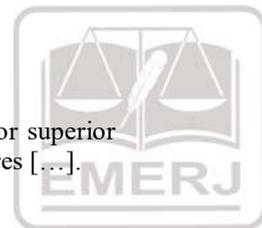
Portanto, importante ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor é tido como uma norma principiológica para o ordenamento jurídico brasileiro, diante da proteção constitucional do artigo 5º, XXXII, da CRFB/88¹⁷, como estudado no capítulo anterior.

Segundo o entendimento de Rizzato Nunes¹⁸:

[...] a lei n. 8.078 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, o que significa dizer que é prevalente sobre todas as demais normas especiais anteriores que com ela colidirem. As normas gerais principiológicas, pelos

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁸NUNES, op. cit., p. 91.



motivos que apresentamos no início deste trabalho ao demonstrar o valor superior dos princípios, têm prevalência sobre as normas gerais e especiais anteriores [...].

A propósito dessa questão, o CDC é uma norma que está intimamente ligada à terceira geração de direitos, que são aqueles relacionados com o princípio da Fraternidade, pois a lei do consumidor tem por objetivo a pacificação social e o equilíbrio na relação de consumo entre fornecedores e consumidores.

A Organização das Nações Unidas - ONU, em 1985, estabeleceu a ideia de que o direito do consumidor se trata de um direito humano de nova geração, um direito social e de igualdade material do mais fraco diante das empresas e fornecedores de produtos e serviços, que se encontram em posição de poder, ou seja, considerados os mais fortes da relação de consumo.

É relevante ser mencionado que a vulnerabilidade é um estado da pessoa, ideia de pessoa mais frágil na ordem técnica e econômica. A ordem técnica está atrelada aos meios de produção, cujo conhecimento está em poder do fornecedor, e a segunda é a capacidade econômica, que via de regra, o fornecedor é o sujeito da relação que a detém. Isso leva à condição de vulnerabilidade na relação de consumo, expressa na leitura do artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor, elencada no rol dos princípios da Política Nacional de relações de consumo¹⁹. Assim, é possível concluir que o CDC é uma norma protetiva dos vulneráveis negociais, elevando o direito do consumidor ao patamar dos direitos fundamentais, como um direito e garantia individual do ser humano.

Com o advento da tecnologia, as redes sociais, especificamente, o *Instagram*, se tornaram um grande campo econômico e de comunicação entre seus usuários ao redor do mundo. Essa grande habilidade do *Instagram* refletiu no trabalho de marketing que as grandes empresas se valem para influenciar os potenciais consumidores a adquirirem seus produtos e serviços, ou seja, houve uma grande expansão do marketing de influência.

O *Instagram* se utiliza dos dados pessoais fornecidos pelo usuário ao criar sua conta, como nome, idade, localização e outros para armazenamento de informações sobre ele. Ademais, o próprio perfil do usuário está repleto de dados complementares, nos quais são alimentados diariamente por meio de fotos, vídeos, curtidas, comentários e buscas de pesquisas feitas pelo dono da conta. Essas informações ficam armazenadas nos algoritmos²⁰,

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 5.

²⁰NÁPOLES, Katarina. *Entenda como funciona o novo algoritmo do Instagram: o que é algoritmo?* Disponível em: <<https://postgrain.com/blog/algoritmo-instagram/>>. Acesso em: 05 abr. 2021.



que é a mecânica que gere o funcionamento do *Instagram* e determina como cada publicação será entregue entre os usuários.

Por meio das informações, o algoritmo entende os hábitos, gostos, preferências e interações de seus usuários, podendo ser comparado a uma espécie de “raio x” do mundo virtual. Assim, depois desse estudo minucioso feito por essa inteligência artificial sobre seus usuários, o *Instagram* vai impulsionar as publicidades de produtos e serviços que se adequam perfeitamente ao perfil da pessoa, às suas vontades e prazeres.

Segundo ensina Neves²¹:

[...] com a crescente popularização das redes sociais, diversos estudos sobre o impacto da conectividade no comportamento de indivíduos e de grupos têm surgido. Novos hábitos, preferências e formas de relacionamento surgem a cada dia, principalmente a partir do boom no uso dos smartphones. Como não poderia ser diferente, as empresas têm enfrentado o desafio de se adequar às novas formas de se relacionar com os clientes, e para isso muitos pesquisadores estão investindo na compreensão sobre as formas de lidar com a inovação dos meios de comunicação [...].

Como analisado, o *Instagram* usa de várias técnicas para cativar o seu usuário a se tornar um consumidor por meio de suas publicidades veiculadas entre suas interações na rede.

Outra técnica utilizada são os gatilhos mentais, ferramentas usadas para convencer um potencial consumidor a adquirir um item por meio do método de escassez²², isto é, o influenciador digital, quem faz a publicidade, anuncia que só resta uma quantidade limitada em estoque daquele produto. Segue o seguinte exemplo: “Camisetas por apenas R\$ 39,90. Restam apenas 5 unidades no estoque.” O exemplo descrito trata da escassez.

Esse método faz com que o consumidor tenha a sensação de falta daquele item e que precisa comprar.

Outro gatilho usado é da urgência, relacionado ao fator tempo, no qual o influenciador divulga que a oferta terminará em determinado dia e horário. Exemplo: “Camiseta por R\$ 39,90. Só mais uma chance! Acaba hoje!”.

Essa estratégia cria um sentimento de ansiedade no consumidor para que ele obtenha o produto o mais rápido possível.

²¹NEVES, Andressa. *Relação com o consumidor: impactos das redes sociais no comportamento de consumo*. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/redes-sociais/redes-sociais-os-novos-comportamentos-de-compra-e-consumo-70329/>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

²²EQUIPE, get.commerce. *3 gatilhos mentais que podem aumentar sua venda*: Disponível em: <https://getcommerce.com.br/2017/09/25/gatilhos-mentais-para-suasvendas/?gclid=Cj0KCQjwpreJBhDvARIsAF1_BU1es3zhBEEQrmlkpYVWTAZX_lz5Wfdvu2dZ2Yj25u7QH83jmAKetAaAlDrEALw_wcB>. Acesso em: 05 jun. 2021.



Com isso, foi desencadeado um uso excessivo da plataforma, nos quais seus usuários gastam horas do dia explorando a rede e fazendo compras. Conseqüentemente, tal prática gerou uma dependência psicológica em seus participantes, um tipo de vulnerabilidade fática que coloca o consumidor em pé de desigualdade frente ao fornecedor do produto e serviço.

A posição de poder das grandes empresas, como parte do marketing de influência, se fortalece no potencial que o *Instagram* tem de viciar seus usuários. Sim, o *Instagram* vicia.

De acordo com o Hospital das Clínicas pertencente à USP²³, a procura por tratamento do vício das redes sociais aumentou consideravelmente nos últimos anos. Segundo o doutor Cristiano Nabuco, coordenador do grupo de dependências tecnológicas do hospital, “indivíduos ficam sim dependentes de redes sociais, o ser humano é sensível às avaliações pessoais. Nesse ambiente, a repercussão das coisas negativas e positivas tem um efeito muito maior”. Para o médico, as empresas têm grande responsabilidade nesse panorama de vício.

Diante desse cenário, é pacífico na doutrina e jurisprudência o reconhecimento de vários tipos de vulnerabilidades do consumidor em respeito à dignidade da pessoa humana perante o marketing realizado pelas empresas e agências de publicidades, principalmente no *Instagram*, que é uma das redes sociais mais frequentada no Brasil hoje, devido ao seu alto poder de comunicação.

O legislador quando reconheceu a vulnerabilidade do consumidor como um princípio a ser observado por todos na cadeia de consumo, entendeu que o consumidor é sujeito de direitos fundamentais frente às armadilhas em massa que grandes empresas usam em seu marketing no *Instagram* para convencê-los a adquirir seus produtos.

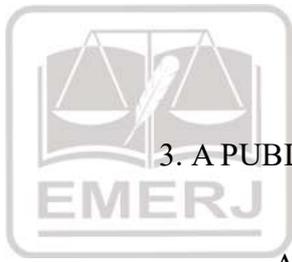
É certo dizer que o usuário da rede social, sendo um potencial consumidor, carece de proteção do ordenamento jurídico, não privilegiada, mas sim equilibrada, em razão de suas vulnerabilidades como pessoa humana frágil.

Segundo o ensinamento do Ministro do Superior Tribunal de justiça Antônio Herman Benjamin, “a vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos”.²⁴

O reconhecimento de vulnerabilidade do consumidor deve ser considerado um corolário do direito a isonomia, tratando os iguais de forma igualitária e desigualmente os desiguais.

²³ORRICO, Alexandre. *Instagram e saúde mental: como a rede pode ser tóxica para os usuários*. Disponível em: <<https://vejasp.abril.com.br/cidades/instagram-saude-mental-depressao-ansiedade/>>. Acesso em: 20 ago.2021.

²⁴BENJAMIN, op. cit., p. 272.



3. A PUBLICIDADE E SUA REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL

A publicidade está intimamente ligada à cultura de um povo, capaz de influenciar o seu modo de viver, ampliar informações e transformar aspirações em consumo.

Desde a invenção da escrita, na antiguidade, observa-se a crescente necessidade de se comunicar na sociedade. A comunicação passou a ser usada como meio de convencer o público sobre determinada ideia, que ao longo do tempo, essa ideia se transformou em produto e serviço. Com o advento da era industrial, a produção em massa trouxe o aumento do consumo e, conseqüentemente, a necessidade de aperfeiçoamento das técnicas de publicidade.

No Brasil, a publicidade surgiu na metade do século XIX em jornais impressos e foi se desenvolvendo depois da chegada do rádio e da televisão no país. Principalmente com o sucesso das novelas televisionadas, os empresários perceberam a forte influência das celebridades no comportamento da população. Tudo o que o famoso ou a famosa usa torna-se tendência na sociedade.

Essa influência ficou ainda mais forte e impactante com uso do *Instagram*, pois a plataforma proporciona um contato mais íntimo e próximo entre o seguidor e seu influenciador. Agora, o consumidor tem acesso a todos os produtos e serviços compartilhados pelo *influencer* desde o café da manhã até o jantar. Conseqüentemente, os paradigmas de publicidade foram sendo renovados ao longo dos anos. O ato de comprar se concretiza ao clicar no mundo virtual.

Anteriormente, a publicidade era feita por meio do “boca-a-boca”, isto é, o indivíduo que tivera adquirido um determinado produto ou serviço repassava essa informação aos demais, fazendo uma espécie de publicidade sobre sua experiência boa ou ruim com a compra.

É válido trazer a diferença entre publicidade e propaganda, termos utilizados como sinônimos no Brasil, mas têm significados distintos.

De acordo com Vidal Nunes²⁵, “publicidade é o ato de índole coletiva, patrocinado por ente público ou privado, com ou sem personalidade, no âmbito de uma atividade econômica, com finalidade de promover o consumo de produtos e serviços”.

²⁵NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 23.



Logo, a publicidade acontece nos meios de comunicação em massa, seja em rádio, televisão, outdoors ou internet e sempre está atrelada à venda de um produto ou serviço de uma marca que visa o lucro.

Já a propaganda, Vidal Nunes ensina que se trata de propagação de ideias relacionadas à filosofia, à política, religião e outros assuntos²⁶. Conclui-se que a propaganda é a propagação de uma ideologia de qualquer ordem social e moral.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, IX, determina que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”²⁷. Ademais, o capítulo V da Constituição dispõe sobre a comunicação social, que se correlaciona com o tema em análise.

Contudo, a liberdade artística de fazer a publicidade não pode ser tratada com um direito absoluto, violando os princípios protecionistas do consumidor. Devem ser observadas as regulamentações e diretrizes apontadas no Código do CONAR, bem como o CDC, porque do outro lado da publicidade está o receptor, que é toda a massa consumidora protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro, com base no estudo do capítulo anterior. Diante desse cenário, a ponderação dos direitos deve ser utilizada no caso concreto, para que não haja a violação de nenhum direito constitucionalmente estabelecido.

Ressalta-se que são várias as leis que regulamentam a publicidade no país. Duas mais importantes para presente estudo são a seção III do Código de Defesa do Consumidor, dos artigos 36 ao 38, discutido no capítulo 1; e o CONAR, Conselho Nacional de Autorregulamentação, o qual será analisado no presente capítulo.

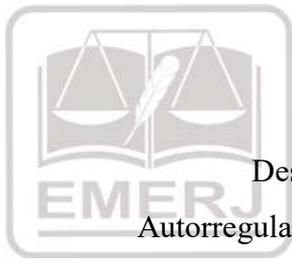
O Conselho Nacional de Autorregulamentação foi criado no Brasil²⁸ em 1980 como uma forma de resposta à ameaça que se instaurava no país na década de 70 pelo governo, a qual visava a censurar a publicidade. A autorregulamentação, resumida num Código, tem a função de preservar pela liberdade de expressão comercial e defender os interesses dos envolvidas no mercado publicitário, inclusive os do consumidor.

Vale a pena relatar que, assim como o CDC, o CONAR, Conselho Nacional de Autorregulamentação, possui um carácter protecionista nas relações envolvendo o consumidor e a publicidade.

²⁶Ibid.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁸CONAR. *Conselho Nacional de Autorregulamentação*. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 21 ago. 2021.



Desde então, a missão do CONAR era fazer valer o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, cujo objetivo era proteger a liberdade de expressão comercial e resguardar o direito do consumidor diante da publicidade. Buscando enfatizar suas diretrizes na publicidade, o CONAR tem como preceitos básicos²⁹: todo o anúncio deve ser honesto e verdadeiro; deve ter presente a responsabilidade da cadeia de produção junto ao consumidor; e responsabilidade social.

No Guia de publicidade por influenciadores digitais³⁰ do CONAR, considera-se publicidade digital “a mensagem de terceiro destinada a estimular o consumo de bens e/ou serviços, realizada pelos chamados influenciadores digitais, a partir de contratação pelo Anunciante e/ou Agência”.

Para que as divulgações nos perfis sejam identificados como publicidade e não mera demonstração espontânea por parte do *influencer*, a diretriz do CONAR é que o conteúdo seja acompanhado de expressões como, “publicidade”, “propaganda paga”, “parceria paga” ou outros semelhantes para que o seguidor tenha o conhecimento de que, aquela postagem sobre determinado produto, trata de um comercial pago por alguma marca.

Os artigos 15 e 45 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CNAP)³¹ definem que os padrões éticos de conduta devem ser respeitados por todos os envolvidos na atividade publicitária, sejam anunciantes, agências de publicidade, veículos de divulgação, sejam publicitários e outros profissionais. Ademais cabe ao anunciante, a agência e o veículo, a responsabilidade pela observância de suas regras.

Uma vez não cumprida, o infrator estará sujeito a punições, previstas no artigo 50 do Código do CONAR³². São elas: advertência, recomendação de alteração ou correção do anúncio; recomendação aos veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio; divulgação da posição do CONAR com relação ao anunciante, à agência e ao veículo. Tais sanções se limitam ao âmbito administrativo, ou seja, as decisões da entidade não têm caráter cogente no caso de descumprimento.

O artigo 40 do CNAP³³ possibilita a responsabilização de toda a cadeia publicitária, ou seja, de todas as pessoas que participam, direta ou indiretamente, no planejamento, criação,

²⁹Ibid.

³⁰Ibid.

³¹Ibid.

³²Ibid.

³³Ibid.

execução e veiculação de um anúncio, quando do descumprimento da norma no desenvolvimento, criação e veiculação de um anúncio, quando a norma é violada.

No ano de 2020 foram instaurados 276 processos, 252 julgados, 189 reprovações e 63 arquivados³⁴.

Segue uma decisão de Abril de 2021, instaurado contra a marca PeG, por publicidade enganosa. A Kimberly-Clark ofereceu representação contra a concorrente P&G em razão de campanha de apresentação das fraldas Pampers, com o claim “Confia, que não vaza”, veiculada em ponto de venda e mídias eletrônicas. Testes trazidos à representação pela denunciante desmentem a alegação do claim. A denúncia cita também depoimentos de consumidores no mesmo sentido. Reunião de conciliação promovida pelo Conar restou infrutífera. Decisão de sustação do anúncio.

Outra decisão do CONAR a ser analisada está relacionada à veracidade da publicidade do produto Desinchá³⁵ realizada por meio da influenciadora Gabriela Pugliesi no *Instagram*, na qual tem o potencial de levar o consumidor ao risco ao usar o produto. O conselho de ética decidiu pela advertência da influenciadora e da marca.

Após a observação das decisões acima, entende-se que a responsabilidade civil dos influenciadores por anúncios postados em suas redes, no âmbito do CONAR, é objetiva, uma vez que não é considerada a intenção da pessoa ao publicar o produto ou serviço, ou seja, culpa e dolo, bastando omissão ou emissão de informação que ensejou a ilicitude, para que o influenciador sofra a aplicação da penalidade.

Considerando o raciocínio acima, é preciso ter em mente que o ser humano tem a liberdade de falar e anunciar perante o grande público, bem como o discernimento de seus atos. A liberdade e a consciência trazem a responsabilidade por omissão e ações no âmbito do Direito, ou seja, a responsabilidade está intimamente ligada à liberdade do indivíduo na sociedade.

Diante dessa análise, podemos concluir que tanto para o CDC quanto para o CONAR, o anúncio publicitário feito por qualquer pessoa para atingir seu público-alvo como forma de convencê-lo a adquirir determinado item ou serviço, configura relação de consumo. Para ambos os códigos, podemos entender que, o seguidor é o consumidor, destinatário final

³⁴Ibid.

³⁵Ibid.



da publicidade, previsto no artigo 2º do CDC e o influenciador digital é o fornecedor, pois atua diretamente com seu público, definido no artigo 3º do CDC³⁶.

CONCLUSÃO

A publicidade é uma grande arma de persuasão que nasce de uma criação intelectual para influenciar o público a adquirir algum produto e serviço. A publicidade está em todos os lugares, como panfletos, outdoors, televisão e nas redes sociais, principalmente no *Instagram*, que é centro da análise do artigo científico.

Com mais de 800 milhões de usuários ao redor do mundo, o *Instagram* se tornou bastante promissor para as grandes marcas anunciarem seus produtos e serviços com um custo muito baixo, utilizando os perfis dos influenciadores digitais como meio de anúncio. A partir desse estudo, foi analisada a controvérsia no mundo jurídico sobre a responsabilidade civil dos chamados *influencers* ao postarem uma publicidade enganosa em suas redes.

Foi observado que há um grande debate na doutrina, no qual se divide em responsabilidade objetiva e subjetiva. O entendimento doutrinário para aplicação da responsabilidade objetiva se respalda no fundamento de que o influenciador participa de toda a cadeia publicitária, tendo contato direto com o público, pois atrela o seu nome e imagem ao produto divulgado. Ademais, entender que o influenciador digital tem responsabilidade civil objetiva e solidária nas demandas consumeristas é reforçar o protecionismo criado pelo CDC por meio da teoria da aparência e também no caso em que muitos influenciadores recebem porcentagem pelas vendas dos produtos, lucrando juntamente com a marca, confundindo-se com o verdadeiro anunciante.

Por outro lado, os que se filiam à corrente doutrinária que entende que a responsabilidade civil é subjetiva, se baseia na ideia que o fornecedor-anunciante é o único responsável pela publicidade enganosa, ou seja, qualquer violação as normas do CDC, o consumidor deve somente demandar o fornecedor-anunciante e não a celebridade que está anunciando. Além disso, a jurisprudência tem aplicado o entendimento pela responsabilidade civil subjetiva, uma vez que o trabalho do influenciador digital é *intuitu personae*, isto é, caráter personalíssimo, como os advogados, médicos e outros profissionais.

³⁶BRASIL, op. cit., nota 5.



Apesar da contundência dos argumentos pela responsabilidade civil subjetiva, o presente artigo defende que o influenciador digital que usa seu perfil no *Instagram* para fazer publicidade enganosa, se valendo da confiança que seu público deposita em seu nome e sua imagem, deve responder de forma objetiva, equiparada ao fornecedor, em razão de sua atuação frente ao público, sendo confundido, muitas vezes, com o real anunciante.

Ademais, o CDC dá uma proteção principiológica ao consumidor, considerado a parte mais frágil e vulnerável da relação consumerista. Foram estudados os tipos de mecanismos usados pelas grandes empresas e pelo próprio *Instagram* como forma de persuasão. Tais mecanismos, como o algoritmo e os gatilhos mentais, atingem o vulnerável psicologicamente para persuadi-lo a gastar horas na rede fazendo compras online.

Os *publiposts* são uma nova técnica de publicidade, que geram resultados no seu objetivo de alcançar consumidores, contudo não podem ser usados sem a observância dos princípios constitucionais que protegem a vulnerabilidade do consumidor, como a boa-fé objetiva. Assim, com o surgimento de qualquer ilegalidade no anúncio, todos da cadeia publicitária devem ser responsabilizados.

Em razão da vulnerabilidade que o consumidor tem, o CDC e o CONAR são responsáveis pelos casos de infração às normas da publicidade. Entretanto, as decisões do CONAR, diferentemente da atuação do Poder Judiciário, não são revestidas de cumprimento obrigatório, se limitando ao âmbito administrativo.

Assim, é de caráter cogente que todos aqueles que participam de alguma forma da cadeia publicitária devem se atentar aos princípios que norteiam a relação consumerista.

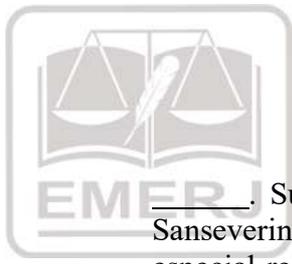
REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 604172*. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8932345/recurso-especial-resp-604172-sp-2003-0198665-8-stj/relatorio-e-voto-14100158>. Acesso em: 01 abr. 2021.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1391084*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864461952/recurso-especial-resp-1391084-rj-2011-0295914-5/inteiro-teor-864461962?ref=serp>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

COBRA, Marcos. *O Impacto da Propaganda*. São Paulo: Atlas, 1991.

CONAR. *Conselho Nacional de Autorregulamentação*. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

D'ANGELO, Pedro. *Pesquisa sobre o uso do Instagram no Brasil: hábito, frequência e relação com as empresas*. Disponível em: <<https://blog.opinionbox.com/pesquisa-uso-de-instagram-no-brasil/>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

EQUIPE, get.commerce. *3 gatilhos mentais que podem aumentar sua venda*: Disponível em: <https://getcommerce.com.br/2017/09/25/gatilhos-mentais-para-suasvendas/gclid=Cj0KCQjwpreJBhDvARIsAF1_BU1es3zhBEEQrmlkpYVWTAZX_lz5Wfdvu2dZ2Yj25u7QH83jmAKetAaAlDrEALw_wcB>. Acesso em: 05 jun. 2021.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Publicidade no Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio H. V., BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NÁPOLES, Katarina. *Entenda como funciona o novo algoritmo do Instagram: o que é algoritmo?* Disponível em: <<https://postgrain.com/blog/algoritmo-instagram/>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

NEVES, Andressa. *Relação com o consumidor: impactos das redes sociais no comportamento de consumo*. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/redes-sociais/redes-sociais-os-novos-comportamentos-de-compra-e-consumo-70329/>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ORRICO, Alexandre. *Instagram e saúde mental: como a rede pode ser tóxica para os usuários*. Disponível em: <<https://vejasp.abril.com.br/cidades/instagram-saude-mental-depressao-ansiedade/>>. Acesso em: 20 ago.2021.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 6. ed. rev; atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.