

RECEBIDO EM: 21/06/2017

APROVADO EM: 05/09/2017

**A (IM)POSSIBILIDADE DE
RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DE “DIGITAL
INFLUENCERS” PELA REALIZAÇÃO DE
PUBLICIDADE VELADA À LUZ DO CÓDIGO
DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

***THE (IM) POSSIBILITY OF CIVIL RESPONSABILITY
OF “DIGITAL INFLUENCERS” FOR CARRYING OUT
SUBLIMINATE ADVERTISING IN THE LIGHT OF THE
CONSUMER DEFENSE CODE***

Laís Ramos Barboza

Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. UFAL. Pós-Graduada em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Damásio. Membro do Grupo de Pesquisa CNPQ “Direito Privado e Contemporaneidade”.

SÚMARIO: Introdução; 1 A Propagação do Uso das Redes Sociais Como Meio Publicitário e a Formação de “Digital Influencers”; 2 A Vedação no Código de Defesa do Consumidor da Publicidade Velada e a Atuação de “Digital Influencers”: Entre a Opinião Pessoal e a Publicidade Subliminar; 3 A Responsabilização Civil de “Digital Influencers” na Realização de Publicidade Velada: Limites e Pressupostos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O crescente desenvolvimento das formas de marketing digital tem proporcionado o engrandecimento do marketing de influência nas redes sociais, por meio da veiculação de conteúdo publicitário formalizado por perfis sociais de indivíduos denominados “digital influencers”. Para estas formas, caracterizadas como ferramentas publicitárias de mercantilização de produtos e serviços, tem-se por necessário a formalização de suas realizações em conformidade com as disposições do Código de Defesa do Consumidor, especificamente no que concerne a vedação à realização de propaganda subliminar. Tomando-se como parâmetro a hipótese discorrida, o presente artigo tem como objeto de estudo, a análise jurídica da responsabilidade civil de “digital influencers” pela realização de publicidade subliminar, excluído aí a seara tocante à publicidade infantil, com a pretensão de traçar parâmetros para sua verificação em concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. “Digital Influencers”. Publicidade Subliminar. Marketing Digital. Consumidor.

ABSTRACT: The growing development of digital marketing forms has provided the improvement of influence marketing in social networks, through the dissemination of advertising content formalized by individuals social profiles called digital influencers. For these forms characterized as an advertising tool for products and services commercialization, it is necessary to formalize theirs realization in accordance with Consumers Code provisions, specifically regarding subliminal advertising prohibition. Taking the discussed hypothesis as a parameter, this article has as study object the legal analysis of the digital influencers civil liability in order to the realization of subliminal advertising, excluding the area related children’s advertising, with the intention of tracing parameters for its true verification.

KEYWORDS: Civil Liability. Digital Influencers. Subliminal Advertising. Digital Marketing. Consumer.

INTRODUÇÃO

As transformações vivenciadas ao longo dos tempos após a globalização e consolidação da internet na vida cotidiana, impulsionaram a modificação da prática comercial de venda de produtos e serviços, como também a formalização das relações sociais. Como principal fator, é possível pontuar a proliferação e o investimento crescente no “marketing” digital como meio publicitário de maior alcance e personalização do atendimento ao cliente, onde o principal espaço de desenvolvimento é as redes sociais.

Nesse sentido é notória a constatação de que a prática do comércio digital aproximou o comerciante do consumidor, na medida em que permitiu de maneira prática e muito mais facilitada a aquisição imediata de bens e serviços. Todavia, como proporcionar que o usuário de internet efetue o primeiro acesso ao sitio virtual da empresa e tome conhecimento dos produtos e serviços que naquele estão à venda? Ou ainda mais, como possibilitar o convencimento do consumidor a adquirir mercadoria sem a qual possa ter contato físico e por consequência se encontra, também, privada do julgamento confiável de sua procedência?

Inserto nessas perspectivas, é possível observar que objetivando a aproximação das relações consumidor/comerciante, consumidor/produto, assim como a personificação do trato comercial no âmbito cibernético, é que prepondera como nova ferramenta de “marketing” virtual a utilização do segmento publicitário constituído na figura de pessoas denominadas “digitais influencers”. A proposta indicada tem como ponto fulcral a exposição de bens e serviços por alguém, virtualmente popular e, portanto, dotado de credibilidade para oferta do produto ou serviço, cuja exibição se dá por meio de redes sociais.

Sob este panorama não há que se questionar o perfil comercial intrínseco na ferramenta supramencionada. Entretanto, diante da amplitude do alcance dessa nova modalidade de publicidade e a mistificação quanto à diferenciação do viés pessoal da exposição de sua conotação publicitária, se faz necessário aprofundar o estudo sobre sua utilização a fim de coadunar suas práticas com o Código de Defesa do Consumidor.

Diante da contemporaneidade da temática apresentada, o presente artigo tem como finalidade precípua a análise jurídica da responsabilidade civil de “digitais influencers” na divulgação publicitária de produtos e serviços. Desse modo eis que se pretende com o trabalho identificar os limites legais atribuídos a essa modalidade publicitária, notadamente no

que diz respeito à vedação da publicidade subliminar, disposta pelo Código de Defesa do Consumidor.

Como metodologia para abordagem do tema, tem-se como ponto inicial a conceituação e caracterização do “marketing” digital por meio de “digital influencer”, onde se identificará os pressupostos para denominação, assim como o seu alcance e rentabilidade. Em continuidade, serão analisados os limites legais constituídos pela legislação consumerista no tocante a publicidade, para então poder-se concluir pela plausibilidade ou não da responsabilização civil de “digitais influencers” no exercício do “marketing” digital oculto.

1 A PROPAGAÇÃO DO USO DAS REDES SOCIAIS COMO MEIO PUBLICITÁRIO E A FORMAÇÃO DE “DIGITAL INFLUENCERS”

A revolução tecnológica vivenciada pelo descobrimento e expansionismo da internet no mundo moderno se fez fator modificativo do conhecimento científico e sociológico adquirido ao longo dos tempos, na medida em que ensejou novos comportamentos e perspectivas. Desta maneira é possível destacar a diferenciação que, hodiernamente, se verifica no modo do ser humano se relacionar com o mundo e com seus semelhantes, o qual em regra se dá em algum momento por meio de uma plataforma digital.

Dentro dessa concepção é possível identificar a preponderância do uso e desenvolvimento de redes sociais como ferramenta de interatividade social no mundo cibernético, as quais, mediante seu caráter digital, extrapolam os limites físicos-territoriais e alcançam uma infinidade de conexões, aproximando pessoas de diferentes lugares em grau de simultaneidade.

Verificada sob esta forma não resta dúvidas quanto à aceitação do uso das redes sociais pela sociedade, de modo que a progressividade constante no acesso à internet permeou um significativo número de usuários. Tal afirmativa ganha prestígio quando, constatado em estudo realizado pelo instituto IBOPE Média (NÚMERO..., 2017), no ano de 2013, que o número de usuários brasileiros de redes sociais à época já era de 46 (quarenta e seis) milhões.

No curso ascendente, em pesquisa recente divulgada pela EMarketer (BRASIL..., 2017) é possível aferir que no ano de 2016 foram registrados 93.200.000,00 (noventa e três milhões e duzentos mil) usuários brasileiros, o que posicionou o Brasil no segundo lugar do ranking de países da América

Latina com maior número de internautas. Diante de tamanho alcance e difusão de conteúdo, realçado pelo uso crescente de redes sociais, tornou-se impossível o afastamento do mercado virtual, e consequentemente “marketing” digital, das ferramentas de comunicação cibernéticas.

Sob a luz desse panorama é que se tem constatado o surgimento de perfis virtuais associados às pessoas físicas, mesmo que administrados por empresas, que se intitulam “digitais influencers” e que prestam serviço de marketing digital aos comerciantes por meio da divulgação de produtos e serviços para sua rede de contatos. Logo à primeira vista já se percebe o caráter pessoalizado do modelo publicitário indicado, que congrega num mesmo perfil de usuário, conteúdo publicitário e exposições pessoais tornando mais vulnerável seu destinatário na efetiva identificação de “marketing”.

Para melhor entendimento da nova ferramenta parte-se a priori da simples tradução do termo inglês utilizado para o português, ao qual corresponde a expressão, “influenciadores digitais”. A conceituação do termo influenciador, encontrada em dicionário popular de vocábulos, é transcrita como “aquele ou o que influencia, ato de levar alguém à mesma ideia, influenciar” (DICIONÁRIO..., 2017), o que somado ao vocábulo digital faz referência ao exercício do poder de intervenção por alguém ou algo por meio eletrônico.

Desta maneira, trasladado para o âmbito publicitário, a figura do influenciador digital se consolidou como ferramenta útil à divulgação comercial de produtos ou serviços, qual seja, “um terceiro que molda a decisão de compra do cliente e tem um alcance maior que a média” (FERNANDES, 2017). A partir desse conceito é possível identificar dois requisitos para caracterização de um influenciador digital: a capacidade persuasiva do sujeito na indução do consumo, acrescida do seu alto índice de interatividade social.

No que concerne o caráter persuasivo de um influenciador se tem como paradigma para sua efetivação, a identificação do sujeito sob influência para com o anunciante, numa relação de confiança legítima, haja vista que a adoção do comportamento esperado pressupõe a veracidade do que fora sugerido. De forma clarividente assevera-se que o poder persuasivo de um influenciador se fundamenta na credibilidade de suas sugestões, opiniões, estilo de vida e, notadamente seus indicativos de compra, que transmitem ao seu destinatário a certeza e relevância do que fora exposto.

Consciente da necessidade da qualidade virtual indicada para concretização da publicidade almejada, os estudiosos dos programas de “marketing” hodiernos determinam ser essa a inovação trazida com a propagação do mundo digital, tal que afirmam (CASTRO ; BITTENCOURT ; CHAVES, 2017):

É interessante compreender que o marketing digital se diferencia do marketing tradicional, porque ele usa a internet como forma de interação e relacionamento com o público-alvo, de forma segmentada e individualizada, e não como meio de comunicação em massa.

Vislumbra-se a partir da singularização apresentada, que as plataformas de mídias sociais empreendidas por meio de “digitais influencers” perpassam pela identificação e, portanto confiabilidade do usuário, identificado como potencial consumidor, e o influenciador, de modo que subsista entre esses uma relação de pessoalidade. Desta maneira pode-se afirmar que a sociabilidade entre as partes é ponto preponderante para materialização do poder de influência.

Percebe-se, então, a proximidade emocional provocada pela identificação do usuário das mídias sociais para com o influenciador digital do qual se associa, de modo que diante da alta exposição de um “suposto cotidiano”, o mesmo chega a se sentir “íntimo” como em uma verdadeira relação de amizade (BERGSTEIN, 2017). Na verdade eis aí o sentido da utilização do “marketing” de influência como ferramenta publicitária, qual seja a vulnerabilidade do usuário diante da não identificação precisa do viés comercial intrínseco à divulgação de conteúdo. E sobre esse ponto é que se destaca a relevância social do estudo aqui desenvolvido.

Ademais, se faz necessário pontuar também, que como conseqüência dessa personificação, se tem além da confiança o despertar da aspiração do usuário de se equiparar a aquele com o qual se identifica, hipótese na qual onde melhor se verifica o poder de influência. Diante dessa perspectiva é possível assinalar que a admiração nutrida por um indivíduo em face de outro traz consigo, intrínseco o desejo de dispor das mesmas qualidades daquele que é estimado, o que aplicado ao mundo virtual ganha grande proporções.

Como fundamento para a adequação inconsciente de comportamento se faz menção à imprescindibilidade de aceitação perante a sociedade, proporcionada pelo sentimento de pertença. No mesmo sentido, discorre Matheus (*Apud* CASTRO ; BITTENCOURT ; CHAVES, 2017), que:

Os aspectos culturais, sociais e psicológicos e estes fatores agrupados com a vivência do ciclo de pessoas que cada indivíduo convive se tornam fundamentais para delimitar seu comportamento e determinar suas escolhas e desejos.

Conforme se verifica, a inserção do “marketing” digital propagado por meio de influenciadores digital tem como paradigma a associação de um produto ou serviço oferecido por uma empresa a uma pessoa cujo poder de influência elevado seja suficiente à determinação do comportamento de potenciais consumidores daqueles bens, quer seja para sua aquisição, ou fidelização.

Nesse quesito vale destacar, que o exercício do poder de influência requer do indivíduo o poder de autodeterminação e compreensão precisa da atividade exercida, razão pela qual não poderá se encaixar no conceito de “digital influencer” pessoa menor de idade civil (BRASIL, 2002), qual seja que não disponha de capacidade civil plena para responsabilização de seus próprios atos (TEPÉDINO ; BARBOZA ; MORAES, 2001, p. 11). Assim compreendido, tem-se por desconsiderado como potencial influenciador indivíduo cuja formação e comportamento, sob o aspecto jurídico, se perfaz ainda sobre forte influência alheia, haja vista ser essa característica preponderante a sua identificação.

Ocorre que, segundo outrora conceituado, a caracterização de um “digital influencer” perfaz não tão somente por seu poder persuasivo, mas como também por seu alto índice de conexões, qual seja um infinito número de vínculos sociais nas mídias digitais. Em outros termos, significa dizer que não é suficiente apenas a propensão de influência do indivíduo, mas que essa se desenvolva em grande escala, de modo que possa configurar uma rede de consumo.

Inserto sob essa perspectiva, Cristiane Silva e Felipe Tassarolo (2017) afirmam que o termo influenciador digital “se refere àquelas pessoas que se destacam nas redes e que possuem a capacidade de mobilizar um grande número de seguidores, pautando opiniões e comportamentos”. Tal assertiva se consolida no viés publicitário intrínseco à ferramenta em estudo, haja vista que a notoriedade é requisito para configuração de um mercado de consumo e de publicidade.

Destaca-se, então, que a rentabilidade perquirida por empresas anunciantes ao investirem no marketing digital tem como pressuposto não somente a influência de seu público alvo à aquisição de seus produtos

e serviços, mas também que tenha um alcance compatível com a aplicação efetuada. Pode-se assim dizer que o requisito apresentado é uma dedução lógica do índice de mercado, na medida em que toma em consideração a proficiência da ferramenta publicitária utilizada.

Nesse ponto, se faz necessário salientar que a expectativa de popularidade de um influenciador digital deve ser aferida como acima da média, todavia, ressalva-se que o termo de aferição, leia-se média, é controverso, a depender de seu parâmetro de quantificação. Por conseguinte, o que se pode afirmar é que a notoriedade expectada irá variar conforme a amplitude de mercado da empresa contratante, qual seja grande marcas buscarão, em regra, influenciadores com alto índice de popularidade seguindo a lógica de mercado indicada.

Entretanto, deve-se alertar que o quesito fulcral para configuração da publicidade de influência é a correspondência positiva do poder persuasivo aplicado, isto é, a real interferência na decisão de compra do consumidor independentemente de sua magnitude. Corroborar com o disposto, a reflexão proposta por João Kepler (2017), ao afirmar que:

No marketing de influência o segredo é investir não no maior, mas em influenciadores específicos e estratégicos, pois assim, mesmo com investimento menores que resultem em alcances menores, os resultados são melhores, mais assertivos.

Compreende-se a partir de então que a configuração do marketing de influência não se estabelece sob a ótica do influenciador digital e sim, verdadeiramente, sobre o objetivo publicitário e lucrativo pela empresa fornecedora, isso porque a escolha pelo uso dessa ferramenta, assim como o influenciador a desempenhá-la, é deliberativa. Entretanto, não se pode negar, também, que em muitas oportunidades o viés comercial e lucrativo auferido por meio do desempenho de “marketing” digital, transpassa do fornecedor para o influenciador, inserindo esse no desempenho de um comércio, o publicitário.

A partir dessa concepção, tem-se que a formalização do marketing digital, procedida primeiramente por um fornecedor de produtos ou serviços, até se chegar a um influenciador digital configura uma verdadeira cadeia comercial destinada ao convencimento do consumidor, haja vista a notoriedade da finalidade lucrativa pelo incremento do quantitativo de vendas. Logo, trazido para seara jurídica, é possível enquadrar ambos os papéis no conceito de fornecedor, disposto no art. 3 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), que assim determina:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Acrescido ao conceito, a finalidade lucrativa das atividades desempenhadas, verifica-se portanto, que a comercialização e distribuição de produtos e serviços é manifestada, quer seja pela empresa fornecedora, quer seja pelo influenciador digital por meio de sua comercialização publicitária. Nesse diapasão não há que se questionar a aferição de rendimentos patrimoniais por ambos, independentemente da existência de valor pecuniário atrelado, de modo que o desempenho da atividade só se dará quando aquele se fizer presente.

Corroborando, que a atividade de comercialização de produtos e serviços é exercida com habitualidade por um “digital influencer”, sendo essa sua principal fonte de renda, aí encarada como atividade profissional. Nesse ponto, se faz necessário esclarecer que o fato do influenciador digital não dispor diretamente do produto ou serviço, não o exclui da qualidade de fornecedor, na medida em que esse é peça fundamental na publicização do produto e, portanto comercialização, o que o torna integrante da cadeia de consumo.

O que se tem por certo é que o investimento em “marketing” digital, atualmente, se faz inevitável para consolidação de uma empresa no mercado, isso porque conforme esclarecem Cristiane Silva e Felipe Tassarolo (2017), a sociedade contemporânea é formada pela geração Y, caracterizada pelo alto consumo de conteúdo digital. Desta forma, a não integração às novas formas publicitárias põe em risco a sustentabilidade de uma empresa num mercado, grandemente concorrido.

No mesmo sentido, o colunista publicitário Carlos Jeferson (2017) assevera que o investimento em marketing de influência aperfeiçoa o quantitativo de vendas de uma empresa, sendo uma ferramenta próspera diante do baixo investimento quando comparado ao marketing tradicional. Além do mais, complementa Turban e King (*Apud* SILVEIRA ; SOARES, 2017) que o resultado atingido pela utilização dessa ferramenta proporciona um elevado retorno diante da amplitude do seu alcance.

Consciente desse mercado promissor e crescente, cada vez mais se tem ampliado o número de usuários de redes sociais com produção e

desenvolvimento de conteúdo voltado ao reconhecimento público e privado como “digital influencer”. Nesse ponto se destaca que, de acordo com pesquisa de campo desenvolvida pela cientista Inês Mateus (2010), subsiste nesse tipo de autopromoção, comercialização de produtos, e consequente propagação do conteúdo publicitário, o caráter preponderantemente individualista, no qual se define o percentual de 40% (quarenta por cento), cujo desiderato é egocêntrico, em detrimento aos 16% (dezesesseis por cento) do qual a finalidade é altruísta.

Pelo exposto, consolida-se o viés de prática mercantilista, subjacente à exploração do título de “digital influencer”, bem como a adoção de comportamentos atribuídos ao seu desempenho, o que por si só denota uma atenção jurídica à sua manifestação. Ao corroborar com o disposto Bruno Miragem (2017) alerta para a necessidade da ressignificação dos institutos jurídicos, notadamente os que dizem respeito a proteção do consumidor e suas hipóteses de responsabilidade, a fim de coadunar a legislação às novas práticas mercantilistas.

Assim sendo, deve-se a partir de então, debater-se como se dará a aplicabilidade do instituto consumerista da vedação à publicidade velada à nova ferramenta publicitária em apreço, de modo que seja essa assimilada e materializada diante da nova realidade comercial.

2 A VEDAÇÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DA PROPAGANDA VELADA E A ATUAÇÃO DE “DIGITAL INFLUENCERS”: ENTRE A OPINIÃO PESSOAL E A PUBLICIDADE SUBLIMINAR

O surgimento de uma legislação específica para tratar de questões atinentes à formalização e desenvolvimento de uma relação de consumo teve como objetivo precípuo a contenção do desequilíbrio contratual existente entre a figura do consumidor e o fornecedor de produtos e serviços. Nesse sentido, pontua-se que o pressuposto fundamental à sua constatação se perfaz clarividente na medida em que, a finalidade lucrativa intrínseca ao papel desempenhado pelo fornecedor o coloca na posição de adoção de todos os meios necessários à sua consecução.

Como medida protetiva dessa preponderância se ressalta a eleição do princípio da vulnerabilidade do consumidor, estatuído no art. 4 da legislação consumerista (BRASIL, 1990), como defesa à integridade daquele, diante da potencialidade lesiva do mercado de consumo estatuído deliberadamente. Tal garantia tem como objetivo precípuo conter a hierarquia usufruída por empresas, que munidas da unilateralidade da produção, substabelecem

ao consumidor à adesão ou não do contrato que lhe é oferecido (contrato de adesão), assim como à aquisição ou não de produto cujo processo de produção, qualidade e garantia é desconhecida (NUNES, 2009, p. 130).

Desta maneira, eis que diante da pluralidade de desproporções aferidas se fez inescusável a intervenção estatal para proporcionar o estabelecimento do equilíbrio preconizado pelo ordenamento brasileiro, que preceitua a aplicabilidade da igualdade sob a perspectiva material, na qual se trata os diferentes na medida de suas dessemelhanças (NUNES, 2009, p.36). Nesse quesito se consolida a preponderância de uma legislação especial que melhor regulamente a problemática apresentada, tomando assim em consideração as especificidades de sua verificação em concreto.

Nesse ponto há de se salientar a inovação paradigmática inserida no sistema jurídico vigente à época, com a publicação de uma legislação propriamente consumerista, que se distancia da seara do Direito Civil, para em aspectos pontuais lhe subverter a ordem, de modo a permitir a intervenção estatal nos contratos privados. Por conseguinte, verifica-se como consectário dessa mudança, a título exemplificativo, a restrição da máxima do *pacta sunt servanda* para possibilidade de revisão contratual, pelo Estado, à luz da função social e boa-fé (BOLZAN, 2015, p. 32-33).

Do mesmo modo, introduziu-se no âmbito da responsabilidade civil, a responsabilização objetiva do fornecedor como regra, salvo em se tratar de profissional liberal, devendo esse ser penalizado pelo vício ou fato do produto e do serviço, nos termos do que determina (vide arts. 12 a 25 do CDC) (BRASIL, 1990). Percebe-se, pois, a notoriedade atribuída à qualidade e segurança dos produtos e serviços comercializados, cujo enfoque está materializado nas consequências provenientes do esgotamento da relação de consumo, qual seja mediante o uso e gozo de um serviço ou produto.

Seguindo o mesmo entendimento, depreende-se também que a progressividade do mercado de consumo e suas confluências passaram a exigir do ordenamento jurídico a regulamentação e intervenção estatal nas relações de consumo, em fase anterior a formalização do contrato. Nesse quesito pode ser comprovado que a simples veiculação de uma oferta subjaz a responsabilidade do fornecedor por seu conteúdo e forma, isso porque a comercialização publicitária de produtos ou serviços já formaliza para com seus destinatários uma relação de consumo.

Como fundamento da proposição supracitada, assevera-se que o “merchandising” de produtos e serviços tem o condão de atrair e assim determinar o comportamento do consumidor na tomada de decisão pela aquisição ou não da mercadoria, haja vista a comprovação de sua efetividade com o desenvolvimento da técnica publicitária denominada “marketing de influência” (CASTRO ; BITTENCOURT ; CHAVES, 2017). Percebe-se, pois claramente uma hipótese de vulnerabilidade do consumidor diante das práticas comerciais, as quais denotam e assim justificam a intervenção estatal.

Nesse mister, no sentido de legitimar a atuação regulamentar do Estado para a hipótese, deve-se compreender por publicidade toda divulgação de conteúdo destinada a um grupo de pessoas, objetivando-se a negociação ou comercialização de um serviço e/ou produto. Tal conceito diferencia-se, portanto do conceito de propaganda, cuja finalidade específica é a propagação de uma ideia ou um propósito, como se verifica na divulgação das propagandas eleitorais e partidárias. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 132)

Ressalta-se, porém, que em que pese haver a diferenciação conceitual entre os termos propaganda e publicidade, o Superior Tribunal de Justiça / STJ, órgão jurisdicional competente para o julgamento de maior parte das questões concernentes à matéria faz o uso dos mesmos como sinônimos (GARCIA, 2010, p. 36), fato que se comprovará quando da análise posterior de jurisprudência daquele tribunal sobre a responsabilidade civil na hipótese de propaganda de palco.

Não obstante a equiparação dos conceitos procedida pelo tribunal superior pátrio se faz importante alertar que a distinção entre os termos é relevante para determinação do conteúdo que pode ser objeto de responsabilização civil, que no caso de “digitais influencers” está relacionada à diferenciação do conteúdo publicitário da mera expressão/opinião pessoal. Percebe-se assim, que a conduta sobre a qual se justifica a regulamentação estatal está diretamente relacionada ao proceder tendencioso à comercialização de um produto ou serviço, qual seja a realização de publicidade, haja vista sua perspectiva lucrativa e potencialidade persuasiva.

Diante dessa constatação é que o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) estabelece parâmetros legais para veiculação publicitária de produtos e serviços, destacando capítulo próprio para tratar da temática. Nesse sentido é possível identificar que a tratativa dispensada é abrangente, pois regulamenta desde a vinculação do fornecedor à oferta até a formatação de seu conteúdo e meio de propagação.

Inserto nessa perspectiva, tem-se que a realização de atividade publicitária à luz do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) deve estar pautada na observância e cumprimento do princípio fundamental da identificação da publicidade (DIAS, 2010, p. 66-67), na medida em que a legislação consumerista veda expressamente a realização de publicidade velada, disposta no art. 36, que assim determina:

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.

Conforme se extrai da leitura da norma transladada, impera como princípio máximo da publicidade a sua efetiva identificação, no qual se preceitua seu fácil reconhecimento, bem como a sua fácil compreensão. A regra esculpida tem como finalidade a conscientização concreta do consumidor de que o conteúdo que lhe é transmitido tem como utilidade a comercialização de um produto ou um serviço.

Verifica-se, portanto que a restrição indicada tem como fundamento a influência exercida pelos veículos publicitários no comportamento do consumidor, tal que se realizada de modo obscuro, pode induzir a aquisição de uma mercadoria de maneira inconsciente/impulsiva. Tal indicativo foi objeto de experiência empírica realizada nos Estados Unidos da América / EUA no ano de 1957, quando durante a exibição de um filme no cinema foram veiculadas frases, na velocidade de 1/3000 de segundos, com os dizeres “Beba Coca-Cola”, “Fome?” e “Coma Pipoca”, e assim comprovou-se o aumento da venda destes produtos durante a exibição (BOLZAN, 2015, p. 474).

Como ocorrera no teste supramencionado, a veiculação de mensagem publicitária subliminar atua no estímulo inconsciente da psique humana por meio do alojamento no subconsciente de informações tendenciosas ao consumo de determinado produto e/ou serviço, que por sua vez proporcionam um comportamento consciente, coerente com o estímulo recebido (BREVIGLIERI ; FERNANDES ; OLIVEIRA, 2009, p. 168).

Percebe-se então o caráter indutivo do método utilizado e potencialmente lesivo diante da infinidade de estímulos que podem ser aplicados no indivíduo, como por exemplo, o incentivo ao consumo de

produto nocivo à saúde, como é o caso do cigarro ou do consumo de bebidas alcoólicas.

Desta maneira, tem-se por incontroverso que a utilização de meios e métodos subliminares põe em risco a autodeterminação do consumidor e conseqüentemente sua liberdade de dispor de determinado produto ou serviço. Corrobora com esse entendimento a reflexão trazida por Breviglieri, Fernandes e Oliveira (2009, p. 139), quando pontuam que “parte-se do princípio que o consumidor tem o direito de escolher aquilo que deseja ou não adquirir e também assistir, ou seja, o consumidor possui o direito constitucional à liberdade de escolha”.

No mesmo sentido é possível destacar que a modalidade publicitária em questão vai de encontro à identificação do conteúdo publicitário, bem como ao princípio da transparência nas relações de consumo, o qual nas palavras de Fábio Ulhôa Coelho (1996) determina que “não basta ao empresário abster-se de falsear a verdade, deve ele transmitir ao consumidor em potencial todas as informações indispensáveis à decisão de consumir ou não o fornecimento”. Nesse sentido como permitir ao consumidor a adoção de comportamento contrário ao que lhe fora sugerido se este sequer é capaz de identificar o caráter manipulador da informação que lhe fora destinada e conseqüentemente sua veracidade?

Afinado com a natureza nociva da modalidade publicitária destacada é que o Código de Defesa do Consumidor veda, em todas as suas formas, a veiculação de publicidade subliminar. Desse modo, tem-se que a transgressão de seus mandamentos enseja a aplicação de sanção administrativa, assim como pode configurar-se infração penal, hipóteses essas prevista pela própria legislação consumerista, nos termos do art. 63 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).¹

Ocorre que, em consideradas as inovações tecnológicas introduzidas pela progressividade do uso da internet e das redes sociais como meio publicitário, o qual se destaca a expansão do marketing de influência, como identificar concretamente a veiculação de propaganda subliminar? Especificamente, fazendo alusão à exploração da comercialização de produtos e serviço por meio de “digital influencers”, como aferir e diferenciar um conteúdo publicitário da opinião ou exposição pessoal do administrador da conta?

1 Art. 63. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Como ponto de partida, é possível indicar a incontrovertida qualificação como espécie publicitária, a oferta e exposição de produtos e serviços veiculados por meios das redes sociais, nas hipóteses em que claramente subsiste um contrato de publicidade entre o fornecedor do produtor e/ou serviços e um indivíduo administrador de um perfil social com destacada notoriedade. Em outras palavras, tem-se que a autoidentificação do perfil social como “digital influencer” já configura o viés publicitário da conta de usuário ali disposta, na medida em que toda publicação veiculada será pressuposta como “marketing” de influência.

Tal afirmativa tem como fundamento a autopromoção da qualidade de “digital influencer”, o que expõe o exercício da atividade de modo profissional a ponto de servir de atrativo para empresas e anunciantes. Corrobora com esse entendimento, os resultados estatísticos apresentados por Betti (*Apud* SILVEIRA ; SOARES, 2017), que demonstram que “[...] segundo uma pesquisa da Universidade Duke dos Estados Unidos, 10% do orçamento em “marketing” das empresas é direcionado às redes sociais. Em cinco anos essa fatia dobrará de tamanho”.

Entretanto, deve-se observar que a simples indicação, na descrição do perfil, de que a conta tem como característica o desempenho da atividade de “digital influencer” não exige a obrigatoriedade da indicação do viés publicitário em cada uma das postagens, sob pena de se configurar a realização de publicidade subliminar. Deve-se compreender que a identificação do “marketing” praticado tem que estar diretamente atrelada ao seu conteúdo, a fim de que haja a imediata e fácil verificação pelo consumidor.

A problemática maior diz respeito ao reconhecimento da publicidade realizada mediante redes sociais de compartilhamento de vídeos temporários, como ocorre habitualmente com o Instagram (SITE..., 2017), em que a filmagem de hábitos cotidianos se confunde com a veiculação de conteúdo publicitário. Na hipótese discorrida se vislumbra a dificuldade intrínseca à conscientização do que verdadeiramente é real, espontâneo, daquilo que fora proveniente de um contrato de divulgação de produtos e serviços.

Verifica-se, entretanto, que mesmo a divulgação da opinião pessoal acerca de produtos e serviços disponibilizados no mercado, sem que tenha subsistido para tal uma prestação pecuniária específica, já dispõe por si só do poder de influenciar seus destinatários, de como se comportarem em relação à mercadoria que fora apresentada. Isso ocorre pelo simples fato de que a adoção de conduta semelhante a que fora enunciada por um “digital

influencer” proporciona a aproximação entre este e seu telespectador, que como é sabido, o segue por se identificar e ter credibilidade em seus gostos e comportamentos (SILVA; TESSAROLO, 2017).

Diante dessa realidade, não há dúvidas quanto à consciência de “digitais influencers” acerca do poder de persuasão diferido em seu público, tal que a notoriedade alcançada pelo progressivo número de seguidores é em regra um objetivo a ser alcançado, bem como a oportunidade de firmar contratos publicitários. Nesse sentido, tem-se que a visibilidade proporcionada pelo alto índice de persuasão é algo desejado e, portanto, deve ser encarado como um meio publicitário, nem que seja para comercialização da própria imagem.

Corroborando com esse entendimento a afirmação e constatação numérica realizada pelo sítio Meio & Mensagem (POR QUE..., 2017) de que “a internet é hoje a segunda maior mídia do país e estima-se que até 2019 a quantidade de usuários ultrapasse a televisão”. Logo, não há que se questionar a conscientização de “digitais influencers” acerca da potencialidade da atividade desempenhada, que facilmente é constatada pela reciprocidade advinda do seu público, quer seja por meio da interatividade social, quer seja pelo comportamento adotado em conformidade com o que lhe fora proposto.

Conclui-se, então que a potencialidade publicitária intrínseca à divulgação de produtos e serviços por “digital influencers” pressupõe a transparência na veiculação das informações, na medida em que a exposição de opinião deixa de ser pessoal e por si só já traz enrustida em seu conteúdo a finalidade mercantilista, quer seja de promoção do produto, diante da expectativa de futura formação de parcerias publicitárias, quer seja pela autopromoção da atividade desempenhada.

Visto desta forma, tem-se como preponderante ao cumprimento das normas consumerista que a divulgação de conteúdo por “digitais influencers” seja procedida de forma clara e suficiente à compreensão imediata pelo consumidor do caráter publicitário ali desenvolvido. Desta maneira, bem conclui Leonardo de Medeiro Garcia (2015, p. 235) que “ao adquirir um produto ou serviço, o consumidor deve fazê-lo de modo racional e consciente, sem ser enganado ou induzido pelos anúncios publicitários, harmonizando e equilibrando as relações contratuais.”

À luz do disposto se finaliza que o não cumprimento dessa determinação caracteriza a publicidade subliminar, em clarividente

violação aos princípios consumeristas, e que deverá sempre ser aferida sob a perspectiva do consumidor, sujeito vulnerável na relação de consumo.

3 A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DE “DIGITAL INFLUENCERS” NA REALIZAÇÃO DE PROPAGANDA VELADA: LIMITES E PRESSUPOSTOS

Em razão da potencialidade lesiva da veiculação de publicidade subliminar e a conseqüente indução do comportamento humano à adoção de medidas voluntárias provocadas por estímulos inconscientes, o Código de Defesa do Consumidor previu a aplicação de sanção administrativa e a configuração de infração penal pela prática ilegal. Entretanto, questiona-se: caberá a responsabilização civil de “digital influencers” pela veiculação de mensagem subliminar?

Para se responder a pergunta supramencionada se faz necessário como ponto de partida esclarecer a quem caberia a propositura de possível ação indenizatória. Conforme fora demonstrado, a realização da publicidade velada tem como potencial ofendido, todos os destinatários de seu conteúdo, isso porque o poder persuasivo que lhe faz característico se opera sobre todos aqueles que tiveram contato com sua apresentação.

Nesse sentido, destaca-se que o próprio Código de Defesa do Consumidor, no capítulo destinado à regulamentação das práticas comerciais, dispõe no primeiro artigo subsequente, de número 29 que “para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas” (BRASIL, 1990). Vislumbra-se, pois, da leitura do artigo transcrito a expansão conferida pela legislação consumerista ao conceito de consumidor, justificada na harmonização do mercado de consumo frente à efetivação dos direitos fundamentais, voltada ao comedimento das práticas abusivas (MARQUES, 2011, p. 386).

Consolida-se, então a potencialidade lesiva das práticas comerciais combatidas, visto que a aplicabilidade da legislação consumerista, nestes casos, é garantida independentemente da aferição precisa do quantitativo de indivíduos lesados. Percebe-se, pois, que para a hipótese narrada são reconhecidos como consumidores todos os destinatários da veiculação publicitária, de modo que basta para responsabilização a comprovação da violação das disposições normativas do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) quanto às práticas publicitárias, especificamente a publicidade velada.

Inserto nessa perspectiva se reconhece que dispõe de legitimidade ativa para a propositura de possível ação, qualquer um de seus destinatários,

podendo esses atuarem de forma individual ou coletivamente. Nesse ponto, destaca-se que a coletividade está relacionada à extensão da potencialidade lesiva da atividade desempenhada, enquanto que a individualidade do direito de liberdade pleiteada se perpetua como pretensão particular.

Colocado dessa forma, tem-se que o direito violado diante da veiculação de propaganda subliminar tem a natureza jurídica de direito individual homogêneo (BRASIL, 1990)², entendido esse pela multiplicidade de esferas individuais, que diante de uma situação jurídica, qual seja o contato com uma propaganda subliminar, se apresentam como uma coletividade lesada. A fim de esclarecer a questão, Humberto de Pinha (2017) conceitua a natureza jurídica da espécie de direito subjetivo indicada, assim definindo:

É um direito individual porque diz respeito às necessidades, aos anseios de uma única pessoa, ao mesmo tempo é complexo, porque essas necessidades são as mesmas de todo um grupo de pessoas, fazendo nascer, destarte, a relevância social da questão.

Conforme exposto, a preponderância de uma questão social de fundo, compreendida pela defesa do direito de liberdade dos consumidores em geral, também entendida pela autonomia de suas vontades, possibilita a tutela coletiva do direito reivindicado a fim de garantir o ordenamento jurídico e a respeitabilidade das normas consumeristas. Todavia, deve-se alertar que em existindo a personalização de um dano, inserido na coletividade suscitada, pode ser esse ressarcido por meio de ação privada.

Do mesmo modo, pode-se destacar também a legitimidade da Defensoria Pública (BRASIL, 1994)³, Ministério Público (BRASIL, 1990)⁴,

2 Art. 81 A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

3 Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

4 Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público

bem como o PROCON (BRASIL, 1990)⁵ - órgão da Administração Pública responsável pela fiscalização das relações de consumo e matérias correlatas à efetividade do Código de Defesa do Consumidor - para a tutela pública do direito revindicado, haja vista a preponderância de sua natureza jurídica transindividual.

Por sua vez no âmbito privado o controle de campanhas publicitárias pode ser realizado pelo CONAR / Conselho de Autorregulamentação Publicitária, órgão constituído por empresas privadas que atuam no segmento (GARCIA, 2015, p. 235). Todavia, ressalva-se que em se tratando de órgão de natureza privada o supramencionado conselho se restringe ao controle privado da atividade publicitária, diferentemente do controle legal exercido pelas Defensorias Públicas, Ministérios Públicos e PROCON na fiscalização e aplicação da lei consumerista.

Apresenta-se, a partir de então o segundo ponto de análise sobre a hipótese de responsabilização civil de “digitais influencers”, qual seja, a materialização do dano. Em atenção ao que fora discorrido a respeito da veiculação de propaganda velada é possível asseverar que o contato imediato com sua divulgação induz à percepção de estímulos destinados à adoção de determinado comportamento, de modo que pode ser tal objetivo atingido ou não. Ocorre que, conforme fora demonstrado a ofensividade da utilização da modalidade publicitária em apreço por si só já expõe a sociedade a risco.

Nesse sentido, constata-se na hipótese a necessidade de se objetivar o gerenciamento dos riscos, para fins de responsabilização civil, inerentes à publicidade subliminar como meio de proteger a iminente materialização de dano grave e irreversível, qual seja a vinculação da conduta humana a aquisição do produto ou serviço anunciado. Percebe-se assim, que diante da indefensabilidade do consumidor, a divulgação de campanha publicitária de modo subliminar tem o domínio de ocasionar um gravame superior à simples influência de seu destinatário, que se traduz na aquisição do produto ou serviço publicizado.

Sob este panorama é que se preceitua a aplicabilidade para o caso da tutela preventiva da responsabilidade civil como meio de salvaguardar a vulnerabilidade do consumidor diante das práticas publicitárias, aplicadas

5 Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

deliberadamente, sem que sequer possa esse ter consciência de sua realização. Seguindo essa lógica, em defesa da utilização do instituto que flexibiliza a efetiva comprovação do dano para responsabilização civil, Teresa Ancona Lopez (2010, p. 137) bem fundamenta que “uma função da responsabilidade civil que impeça a realização de danos estará garantindo a integridade física, moral e econômica dos cidadãos individualmente e da sociedade inteira”.

Diante dessa hipótese é que se consolida aqui o conceito de risco proveito, oriundo do desempenho da atividade de “digital influencer”, na medida em que se vislumbra claramente “situações em que o individuo desenvolve uma atividade que gera um risco de dano à sociedade, enquanto que ele auferir lucros” (MASTRO, 2015, p. 769). Igualmente, afere-se por meio da harmonização entre risco/benefício (LOPEZ, 2010, p. 87), que a prevenção da conduta potencialmente lesiva ora analisada é, em muito, mais satisfatória, que a reparação do dano por ela causado, tomando em consideração a expressividade que esse pode alcançar diante da multiplicidade de conexões simultâneas permeadas pela rede de internet.

Ademais, se faz necessário diferenciar a hipótese narrada da temática concernente à coresponsabilização de empresa de comunicação junto ao fornecedor de produtos ou serviços, pela realização de publicidade de palco durante a exibição de programa de televisão, que conforme entendimento exposto pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2017) não tem sido reconhecida, vejamos:

RESPONSABILIDADE. PROPAGANDA. PALCO.

Trata-se de REsp em que se discute a coresponsabilidade de determinada empresa de comunicação pelo fato de haver veiculado, em programa de TV, por intermédio de seu apresentador, propaganda enganosa de empréstimo oferecido por instituição financeira anunciante, que teria descumprido os compromissos assumidos no anúncio veiculado. A Turma deu provimento ao recurso, assentando que a inserção de propaganda em programas de televisão, particularmente nas apresentações ao vivo, é praxe ditada pelas exigências de um mercado dinâmico e mutante. *Assim, a responsabilidade pelo produto ou serviço anunciado é daquele que o confecciona ou presta e não se estende à televisão, jornal ou rádio que o divulga.* A participação do apresentador, ainda que diga da qualidade do que é objeto da propaganda, não lhe empresta coresponsabilidade ou o torna garantidor do cumprimento das obrigações pelo anunciante. Destarte, a denominada publicidade de palco não implica a coresponsabilidade da empresa de televisão

pelo anúncio divulgado. E o apresentador atua como garoto-propaganda, e não na qualidade de avalista formal, por si ou pela empresa, do êxito do produto ou serviço para o telespectador que vier, no futuro, a adquiri-los. Consignou-se, por fim, que a interpretação dada pelo tribunal *a quo* não encontra respaldo na legislação pertinente e não se mostra razoável, ainda acarretando como consequência o próprio desaparecimento da chamada propaganda de palco, visto que é fácil imaginar o alto risco na posição de uma empresa de comunicações que passaria a arcar com a corresponsabilidade por todos os produtos e serviços anunciados, sem que pudesse intervir em seu controle de qualidade e auferir lucros pela venda respectiva. O Min. Luis Felipe Salomão, embora acompanhando o Min. Relator, ressaltou que não se deve afastar, genericamente, a responsabilidade da empresa de comunicação por entendê-la parte ilegítima para a demanda. Observou que somente o caso concreto permitirá uma análise da pertinência subjetiva para a causa quando houver abuso na publicidade, ela for manifesta e isso ficar demonstrado nos autos para efeito de responsabilidade, não apenas demonstrando culpa, mas também a responsabilidade dentro da extensão da cadeia do conceito de fornecedor, pela cadeia de consumo prevista no CDC. *REsp 1.157.228-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 3/2/2011. (Grifos Nosso).*

A simples leitura do acórdão apresentado aponta que a responsabilização civil imputada à empresa de comunicação está relacionada ao fato de o produto/serviço anunciado em um programa de televisão, de responsabilidade da empresa ré, não corresponder ao produto/serviço fornecido. Logo, percebe-se nesse caso que o questionamento formulado pelo consumidor lesado tem como fundamento a inadequação do serviço/produto prestado, porquanto, não correspondente ao modo com que fora ofertado, e não à formatação e conteúdo da publicidade em si.

Nesse diapasão, tem-se como norma regulamentar do caso, a disposição normativa contida no art. 30 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) que assim determina:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, *obriga o fornecedor que a fizer veicular* ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. (Grifo Nosso)

A aplicabilidade do dispositivo transcrito traduz expressamente a responsabilidade exclusiva do fornecedor direto do produto/serviço pelo

cumprimento das diretrizes veiculadas mediante campanha publicitária, tal que cabe somente aquele a responsabilidade por seu cumprimento. Ressalta-se assim que, em que pese à responsabilidade aferida ter como fundamento a veiculação de uma oferta, esta não se traduz pela publicidade em si, mas sim pela não correspondência do serviço/produto apresentado em relação àquela. Desse modo, tem-se que o dano não está na oferta e sim na prestação do serviço/produto em desacordo com o que fora anunciado, o que notadamente é de reponsabilidade de seu fabricante/produtor.

Sob esse contexto, é que o acórdão se faz acertado ao isentar o anunciante de responsabilidade pela prestação de um serviço/produto, haja vista não ser esse o fornecedor direto do mesmo, mas apenas instrumento publicitário utilizado para sua divulgação. No mesmo sentido, compreende-se que ainda que denominada como enganosa, a propaganda veiculada se perfaz ato anterior ao real fornecimento do produto/serviço, o que torna impossível a previsibilidade da adequação do seu cumprimento ou não, reiterando a exclusiva responsabilidade do fornecedor direito.

Eis que, nesse ponto, a hipótese de responsabilidade civil discorrida se apresenta de modo diverso da que hora é abordada no presente trabalho, visto que a responsabilidade ora imputada está relacionada diretamente a campanha publicitária, cujo conteúdo e formatação não observaram as disposições normativas que os regulamentam. Prepondera sobre a temática o dano perpetrado pela veiculação da propaganda em si, diante da omissão do seu conteúdo publicitário, o que impossibilita a autodeterminação e compreensão do consumidor quanto à sua finalidade precípua.

Ademais, aduz-se ainda que a veiculação de conteúdo publicitário por intermédio de “digital influencers” diz respeito à atividade fim dessas personalidades, porquanto considerados profissionais do ramo “marketing” de influência. Percebe-se, então, que diferentemente do caso narrado, esses são responsáveis diretos pela publicidade veiculada, seu conteúdo e formatação, na medida em que são seus difusores diretos. Destaca-se, portanto, que conclusão diversa não dispõe de respaldo jurídico, pois estaria se isentando de responsabilização civil o causador direto do dano, ou de sua iminência.

Conclui-se assim que, para o caso, o influenciador digital, diferentemente do que se passa em relação à propaganda de palco, além de ser ofensor direto é também a pessoa que lucra diretamente em conjunto com o fornecedor direto do produto/serviço, com a publicidade veiculada, no momento em que esta lhe rende contratos de publicidade futuros e

consolidação da carreira publicitária (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 141). Nesse quesito é que se destaca veementemente a potencialidade lesiva da atividade desempenhada e consciência da extensividade de seu alcance.

Pontua-se para o caso, então, a possibilidade de aplicação do princípio da prevenção e precaução à responsabilidade civil como meio hábil ao afastamento da possibilidade de configuração de dano efetivo, na medida em que a responsabilização pela realização de propaganda subliminar já exclui a plausibilidade da interferência persuasiva na autonomia do poder de escolha do consumidor. Destaca-se para tanto, que através de pesquisas científicas (SILVEIRA ; SOARES, 2017), bem como aplicações empíricas já realizadas, restou demonstrado o poder de influência dessa modalidade publicitária na decisão de compra do consumidor, o que reitera tratar-se de dano futuro certo.

Diante desse quadro fático é que se sustenta, em correspondência com as alusões apresentadas por Bruno Carrá (2017), que:

[...] teses favoráveis a uma responsabilidade civil sem dano coincidem, portanto, que instrumentos preventivos devem ser incorporados à responsabilidade civil, ou, ainda, que um simples agir contrário ao Direito poderá ensejar a condenação do agente em uma forma diferente de *indenização* civil.

Nesse contexto, pontua-se que a legislação consumerista é enfática ao vedar a realização de propaganda subliminar, de modo que em fazendo uso da tutela preventiva da responsabilidade civil é possível à imputação punitiva de “digital influencers” pela sua configuração, haja vista a ilicitude do comportamento adotado. Do mesmo modo, coloca-se a ausência da prudência expectada de um indivíduo que consciente de seu poder de influência sobre a decisão e comportamento de uma pluralidade de sujeitos, age no sentido de lhes omitir informações relevantes, como a identificação do conteúdo publicitário.

Por fim, deve-se enfatizar que a amplitude da potencialidade dos danos provocados pela modalidade publicitária do “marketing” de influência, se sobrepõe a comprovação efetiva do dano, sob pena de operar-se lesão de difícil ou impossível reparação em sua totalidade. Tal assertiva por si só denota um olhar progressivo dos métodos de responsabilização civil em que se ultrapassa a preponderância do dano e dá-se prevalência ao indivíduo para se alcançar a defensabilidade da sociedade, sob uma perspectiva solidária do ordenamento jurídico, por meio da adoção de medida inibitória. Em

corroboração ao que fora disposto Ricardo Lorenzenti (*Apud* PARODI, 2017) esclarece que:

Esta denominada ‘tutela inibitória’ consiste em uma série de ações (medidas cautelares inibitórias, danos punitivos, etc.) destinadas a atuarem antes que o dano se produza. Modificam o elemento central da responsabilidade, que está baseada no dano, para atuar com anterioridade, perante a mera ameaça, o qual importa em reconstruir um dos princípios básicos do sistema: ‘não há responsabilidade sem dano’. Ou se considera que a tutela é um ramo diferente, ou bem se considera incluída dentro da responsabilidade civil, que não será somente por danos, sendo genérica: responsabilidade civil. [...] Atualmente, propomos prover de instrumentos inibitórios, para a defesa dos direitos fundamentais, dentro dos quais se encontra a proteção do consumidor, do ambiente, da pessoa. Essa tutela preventiva é amplamente reconhecida e aplicada na jurisprudência da Argentina e no Brasil. A tutela inibitória tem finalidade preventiva, já que o elemento atíco é a possibilidade de um ilícito futuro; é a ameaça de violação.

Conclui-se, portanto, pela possibilidade de responsabilização civil de “digital influencers” diante da capacidade lesiva da atividade exercida ao desenvolvimento e formalização das relações de consumo, sendo esses responsáveis direitos pela veiculação do conteúdo publicitário de modo subliminar, bem como pela quebra do dever de prudência em sua realização. Logo, tem-se que, pensamento diverso acaba por violar as disposições normativas contidas na legislação consumerista, e conseqüentemente os direitos fundamentais que nela estão tutelados, importando em dano dificilmente recomposto ante a grandiosidade do poder de influência exercido por “digital influencers” nas mídias sociais e à velocidade de sua propagação.

4 CONCLUSÃO

Afere-se como pontos consolidados a partir do aprofundamento do estudo realizado que o desempenho da atividade de “digital influencer” pressupõe o exercício do poder de influência no comportamento de consumidores, diante da confiabilidade destes no conteúdo que lhes é veiculado, somado a popularidade de sua concretização. Desta maneira, tem-se por intrínseca à sua caracterização, o viés publicitário das informações que são transmitidas, quer sejam estas relacionadas à comercialização de produtos e/ou serviços, quer seja pela autopromoção do indivíduo administrador de um perfil social.

Destarte, tem-se que identificada à finalidade mercantilista da atividade desempenhada, submete-se a sua consecução ao atendimento das disposições normativas dispostas no Código de Defesa do Consumidor, na qualidade equiparada à de fornecedor numa relação consumo, no qual se destaca a vedação a realização de propaganda subliminar.

Desta feita, consolidada a potencialidade do dano futuro, a ser perpetrado pela veiculação de propaganda subliminar no uso de redes sociais, tem-se por cabível à hipótese de aplicabilidade da tutela inibitória da responsabilidade civil para precaver preeminente dano à direito individual homogêneo de autodeterminação do consumidor na decisão de escolha/compra de produtos e/ou serviços.

Verifica-se, portanto o desenvolvimento da técnica jurídica para abarcar e assim salvaguardar a coletividade, de modo que se pressupõe a preponderância de direitos coletivos voltados à garantia da solidariedade. Por conseguinte, tem-se por estatuído a adoção de medidas preventivas à configuração de dano futuro e certo, em regra irreparável em sua totalidade, caso não contido.

REFERÊNCIAS

BERGSTEIN, Laís. *Publicidade Invisível na Internet é Prática Abusiva nas Relações de Consumo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-31/garantias-consumo-publicidade-invisivel-internet-praticabusiva-relacoes-consumo>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BOLZAN, Fabrício. *Direito do Consumidor Esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. *Código De Defesa do Consumidor*: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

_____. Lei que Organiza a Defensoria Pública da União, Distrito Federal e Territórios. *Lei Complementar nº 80 de 12 de janeiro de 1994*.

_____. Superior Tribunal de Justiça / STJ. *Informativo nº 461*. Recurso Especial nº 1.157.228-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 3/2/2011. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiiuZr5xoPUAhVKDJAKHYcDLEQFggoMAE&url=http%3A%2F%2Fwww>>.

stj.jus.br%2Fdocs_internet%2Finformativos%2FRTF%2FInf0461.rtf&usg=AFQjCNF2rEgQiZKlWou67qFb4vPQARQ4Tw&sig2=NhKtYvzu_n-71mY3skFsrA>. Acesso em: 18 maio 2017.

BREVIGLIERI, Etiene Maria Bosco. FERNANDES, Bárbara Rossi. OLIVEIRA, Lúcia Lisbôa. A Mensagem Subliminar e Seu Uso na Publicidade: Aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC). *Revista Linhas Jurídicas* (UNIFEV), v. 1, n. 1, nov. 2009.

CANALTECH. *Brasil é o País que Mais Usa Redes Sociais na América Latina*. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/noticia/redes-sociais/brasil-e-o-pais-que-mais-usa-redes-sociais-na-america-latina-70313/>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *É Possível uma Responsabilidade Civil Sem Dano? (III)*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-02/direito-civil-atual-possivel-responsabilidade-civil-dano-iii>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

CASTRO, Nalita Santos De. BITTENCOURT, Jairo Alano De. CHAVES, Fernando Antônio Vieira. Et al. *A influência do Marketing Digital Sobre a Escolha dos Consumidores*. Disponível em: <<http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos15/34622403.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

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

COELHO, Fábio Ulhôa. O crédito ao consumidor e a estabilização da economia. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, 1/96, set./dez. 1996.

DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: RT, 2010.

DICIONÁRIO INFORMAL. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/influenciador>>. Acesso em 01 de abril de 2017. Acesso em: 27 mar. 2017.

FERNANDES, André Bartholomeu. *O que – ou quem – é um influenciador?*. Disponível em: <<https://jornaldoempreendedor.com.br/the-growth-hacker/marketing-digital/o-que-ou-quem-e-um-influenciador>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência*. 6. ed. revisada, ampliada e atualizada. Niterói: Impetus, 2010.

IBOPE. *Número de Usuários de Redes Sociais Ultrapassa 46 milhões de Brasileiros*. Disponível em: <<http://www.ibopecom.br/pt-br/noticias/paginas/numero-de-usuarios-de-redes-sociais-ultrapassa-46-milhoes-de-brasileiros.aspx>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

JEFERSON, Carlos. *Como fazer Marketing de Influência no Instagram*. Disponível em: <<https://pt.shopify.com/blog/116138501-como-fazer-marketing-de-influencia-no-instagram>>. Acesso em: 07 abr. 2017.

KEPLER, João. *Marketing de Influência: A Nova Ferramenta para Conversão de Vendas*. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/marketing-de-influencia-a-nova-ferramenta-para-conversao-de-vendas>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MASTRO, André Menezes Del. A Função Punitivo-Preventiva da Responsabilidade Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, p. 765-817, jan./dez. 2015, p.769.

MATEUS, Inês de Albuquerque Tomás. *A Relação Entre Marcas e Consumidores No Facebook*. Tese (Mestrado) – Instituto Universitário de Lisboa, 2010.

MEIO & MENSAGEM. *Por Que Investir Em Influenciadores Digitais?*. Disponível em: <<http://www.meioemensagem.com.br/home/ultimas-noticias/2016/06/23/por-que-investir-em-influenciadores-digitais.html>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

MIRAGEM, Bruno. *A Internet das Coisas e os Riscos do Admirável Novo Mundo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-29/garantias-consumo-internet-coisas-riscos-admiravel-mundo>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PARODI, Ana Cecília. *Função Profilática da Responsabilidade Civil Consumerista e a Indústria do Dano Moral: Cidadania Empresarial na*

Sociedade de Risco. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=41d6c2482cdf3411>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

PINHA, Humberto Dalla Bernadina de. *Direito Individual Homogêneo (Uma leitura e releitura do tema)*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista25/revista25_123.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2017.

SILVA Cristiane Rubim Manzina Da. TESSAROLO, Felipe Maciel. *Influenciadores Digitais e as Redes Sociais Enquanto Plataformas de Mídia*. Disponível em: <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2016/resumos/R11-2104-1.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

SILVEIRA, Robert Cerqueira. SOARES, Thereza Olívia Rodrigues. *A Influência das Redes Sociais no Comportamento do Consumidor: um estudo sobre as decisões de compra do consumidor nas comunidades virtuais*. Disponível em: <<http://www.inovarse.org/node/2792>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

SITE DE REDE SOCIAL. Disponível em: <<https://www.instagram.com>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Cecília Bodin de. *Código Civil Interpretado: Conforme a Constituição da República*. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.