

PERSPECTIVAS À REGULAÇÃO DA ATIVIDADE DE INFLUENCIADOR DIGITAL NO BRASIL | *PROSPECTS FOR THE REGULATION OF DIGITAL INFLUENCERS IN BRAZIL*

MATHEUS MANTUANI NUNES

RESUMO | O marketing de influência tem chamado a atenção de consumidores desde o século XIX. Com o advento da internet, uma nova atividade de influenciador digital apresenta desafios a legislações vinculadas à regulação da publicidade e propaganda convencionais. O objetivo deste trabalho é identificar em que medida o arcabouço jurídico contemporâneo é suficiente para disciplinar as atividades de digital influencers. Por meio de revisão crítica de bibliografia, com base no cenário nacional e estrangeiro, constata-se a necessidade de normativa específica direcionada ao marketing de influência, de modo a garantir sua compatibilidade com a Constituição da República e com o Código de Defesa do Consumidor.

PALAVRAS-CHAVE | Direito do Consumidor; Influenciadores digitais; Marketing de influência.

ABSTRACT | *Influencer marketing has been attracting the attention of consumers since the 19th century. With the advent of the internet, a new digital influencer activity presents challenges to legislation related to the regulation of conventional advertising and publicity. This paper aims to identify how sufficient the contemporary legal framework is to regulate the activities of digital influencers. Through a critical literature review, based on the national and foreign scenario, it is verified that specific regulations are necessary for address influencer marketing, in order to guarantee its compatibility with the Brazilian Constitution and the Consumer Protection Code.*

KEYWORDS | *Consumer Law; Digital Influencers; Influencer Marketing.*

1. INTRODUÇÃO

Nancy Green foi a primeira “influenciadora” de que se tem notícia para fins de marketing¹. Mulher negra e ex-escravizada do Kentucky, ela foi escolhida em 1890 para ser a personificação da “Tia Jemima”, a fim de estampar caixas de panquecas e xaropes de mel com frases de efeito e de cunho racista, tais como “eu está [sic] na cidade, querido” (“*I’se in town, honey*”). Em uma de suas primeiras aparições, na Feira Mundial de Chicago, Nancy Green podia ser encontrada em uma espécie de vila, que representava um ambiente africano, rodeada por estereótipos de selvagens primitivos. A marca logo se tornaria um estrondoso sucesso de público e a figura sorridente de Green passaria a ser automaticamente associada aos produtos da Tia Jemima – até a sua morte em um acidente de carro, quando seria substituída por Anna Harrington, sem que lhe fossem garantidas maiores compensações monetárias ou reconhecimentos sociais (Roberts, 2020) (O Globo, 2020).

A construção imagética de uma serva alegre, devota e submissa aos seus senhores brancos trazia, segundo a crítica, uma sensação de nostalgia romântica do Velho Sul escravocrata estadunidense, motivo pelo qual a sociedade civil organizada passou a defender um boicote aos produtos da Tia Jemima. Ainda assim, a marca continuava popular e ocupava, até 2019, mais de cento e trinta milhões de residências nos Estados Unidos. No decorrer dos protestos do movimento Black Lives Matter, todavia, a Quaker Oats se desculpou pelas conotações racistas presentes nos rótulos das panquecas e xaropes, estampados por mulheres negras estereotipadas, bem como anunciou uma atualização da sua marca (rebranding) (Gerhardt, 2022).

Nota-se que a utilização da influência no marketing, desde Nancy Green, se tornou uma atividade-chave da publicidade e propaganda contemporâneas. Tanto é assim que Kotler e Keller sustentam que

1 Conforme a definição clássica de Philip Kotler e de Kevin Keller (2018, p. 3), o marketing corresponderia ao suprimento de necessidades humanas, com a geração de lucro para o fornecedor de um produto ou de um serviço; “a arte e a ciência de selecionar mercados-alvo e captar, manter e fidelizar clientes por meio da criação, entrega e comunicação de um valor superior”.

consumidores² são constantemente influenciados por opiniões e recomendações de terceiros. Ao mesmo tempo, o setor privado tem assumido cada vez mais uma responsabilidade social corporativa, à luz de contextos políticos, éticos, jurídicos e de transparência, o que se reflete, por exemplo, no rebranding da Tia Jemima. Desse modo, é possível perguntar: o uso de influenciadores em atividades de marketing necessitaria de uma atualização geral e regulatória para compatibilizar-se com consumidores exigentes e socialmente engajados (Kotler; Keller, 2018), bem como com as novas leituras constitucionais das relações privadas?

O presente trabalho procura identificar respostas a essas questões, ao investigar como se realiza o assim chamado marketing de influência no contexto online, uma vez que a interação com consumidores no ambiente digital deixa de se assemelhar a meras estampas evidentes em jornais, a banners volumosos em grandes avenidas ou a propagandas diretas na televisão³. Agora, até mesmo uma publicação em rede social pode conter uma propaganda velada e remunerada, de forma que uma opinião ou recomendação se torna também mercadoria viva e se traduz em uma nova profissão: a de influenciador digital⁴. Se os consumidores antes adquiriam panquecas por causa do carisma de Nancy Green, que mediatizava o espetáculo do consumo⁵ com a sua imagem sorridente, hoje influencers apresentam produtos e serviços como parte de seu cotidiano, em um modelo de vida influenciado pelo consumo (Bauman, 2022), tornando-se difícil distinguir o que é publicidade do que é mera rotina e gosto pessoal.

2 É considerado consumidor, à luz do artigo 2º da Lei Federal n.º 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor, “CDC”), toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

3 Jean Baudrillard (1991, p. 117) argumenta que o aspecto mais interessante da publicidade moderna é a sua diluição “no design do social, na exaltação do social sob todas as suas formas”, de sorte que não é mais possível identificar uma publicidade por si própria.

4 O influenciador digital, ou digital influencer, pode ser definido, com força no artigo 1º da Lei n.º 2023-451 de 2023, da França, como a pessoa natural ou jurídica que, mediante remuneração, usa da sua reputação junto ao seu público, para comunicar-lhe conteúdos por meios eletrônicos, com o objetivo de promover, direta ou indiretamente, bens, serviços, ou quaisquer outras causas (França, 2023).

5 O filósofo Guy Debord (1997) defendia que as relações interpessoais no capitalismo se constroem pela troca de imagens, em especial nos meios de comunicação de massa, reconfigurando o que era real e o que era mera representação.

Assim, a partir de uma revisão crítica de bibliografia, o primeiro capítulo deste artigo analisa as particularidades aplicáveis e relativas à atividade de marketing por influenciadores digitais. Em seguida, são examinadas as principais regulações estrangeiras relacionadas ao marketing de influência, as quais objetivaram restringir e dar mais transparência a estas práticas de publicidade e propaganda, com especial enfoque na nova legislação francesa. Adiante, com base em uma leitura jurídica do marketing de influência, será investigada a possibilidade de compatibilizar as atividades dos influenciadores digitais com as regras e princípios previstos no ordenamento brasileiro. Como conclusão do trabalho, constata-se a importância da criação de uma regulação específica voltada aos influenciadores digitais, a fim de garantir uma comunicação harmonizável com a Constituição da República, seja nas relações de consumo, seja no mero exercício da liberdade de expressão do influencer.

2. DEFINIÇÃO DE MARKETING DE INFLUÊNCIA NO CONTEXTO DIGITAL

Para Kotler e Keller (2018), o comportamento de compra de um consumidor é influenciado por diversos fatores sociais, dentre os quais se destaca para o presente artigo os denominados grupos de referência, que exercem uma influência direta ou indireta sobre as atitudes ou comportamentos de uma pessoa. No âmago desse processo, os grupos expõem o consumidor a novos comportamentos e estilos de vida, de sorte a inspirar atitudes e autoimagens, além de realizarem pressões por aceitação social – o que pode afetar escolhas reais sobre produtos e marcas, segundo os autores.

A partir do momento em que essa influência pode ser considerada intensa, de forma a efetivamente influir nas escolhas de consumo, Kotler e Keller (2018, pp. 169-170) recomendam que os profissionais de marketing centrem-se na utilização de “líderes de opinião”, pessoas que oferecem “recomendações ou informações de modo informal sobre um produto ou categoria de produtos específicos, dizendo por exemplo quais são as melhores marcas, dentre as várias disponíveis, ou como determinado produto deve ser usado”.

Esses influenciadores são descritos como altamente confiantes, socialmente ativos e usuários frequentes de um determinado produto ou serviço. Ademais, quanto maior a proximidade do influencer com o seu público, mais eficaz seria a comunicação de marketing, embora o seu uso dissimulado na internet possa transformar-se em um problema (Kotler; Keller, 2018), visto que a dificuldade de conferir a legitimidade e a avaliação do produto ou do serviço online pode acarretar problemas de transparência com o público.

Mesmo assim, a figura do influenciador no contexto online ganhou tração enquanto nova atividade de marketing nos tempos atuais. Não obstante, a partir de estudos em estatística bayesiana, Trusov, Bodapati e Bucklin (2010) defendem que apenas uma parcela mínima de usuários seria capaz de realmente influenciar outras pessoas. Esses autores afirmam que, de maneira geral, existem duas categorias ideais de usuários na internet: os que criam conteúdo e os que consomem conteúdo de terceiros. A força motriz desse sistema estaria, nesse sentido, ligada pelo aparente vínculo de reciprocidade entre os usuários, mas ocorre que algumas pessoas logicamente tornam-se mais influentes do que os seus pares ao longo do tempo, principalmente em vista da frequência, volume, tipo e qualidade do conteúdo que disponibilizam online.

Dessa feita, as pessoas que se notabilizam com a produção de conteúdo na internet, os digital influencers, atingem públicos específicos e podem exercer um poder de direcionamento tão relevante que logo passaram a despertar a atenção de equipes de marketing para a realização de campanhas que são capazes de atingir milhões de pessoas e que abrangem contraprestações em montantes significativos⁶. Porém, essas atividades de publicidade e propaganda são muitas vezes conduzidas como um endosso pessoal, uma recomendação particular do influenciador, ao invés de uma campanha de marketing direta e claramente identificável como tal (UE, 2018). Por essa razão, embora a busca de uma publicidade e propaganda conduzidas por influencers condigam, de fato, com estratégias criativas e que se adequam

⁶ No ponto e a título de exemplo, a MField, a pedido da Forbes Brasil, estima que uma ação de marketing que envolva um influenciador digital com mais de dez milhões de seguidores ultrapassa cento e oitenta mil reais (Pacete, 2023).

à realidade digital contemporânea, a sua adoção pode entrecortar-se com a transparência esperada à luz do direito do consumidor à informação e da relação de autenticidade e reciprocidade aparentes, construídas entre os usuários na internet (Clausen; Riefa, 2019).

Afinal, o sucesso do marketing de influência se traduz justamente na ideia de proximidade, nesta simulação de conexão, amizade e confiança entre o influencer e os seus seguidores. Se o consumidor confia mais em uma recomendação de um semelhante do que na propaganda direta de uma empresa (Trzaskowski, 2011), a tática a ser adotada rapidamente converge no uso da influência para campanhas indiretas e encobertas.

Portanto, nascem novos questionamentos quanto à erosão da confiança na sociedade de consumo, essencial em um período histórico em que a transparência pauta e domina o discurso público (Han, 2017). Ademais, em matéria de propriedade industrial, publicidades artificialmente infladas por influenciadores digitais podem prejudicar a livre concorrência e representar emprego de meio fraudulento para desviar clientela alheia (Clausen; Riefa, 2019). Nesse diapasão, a falta de uma divulgação adequada do relacionamento existente entre o influencer e a marca patrocinadora prejudica escolhas de consumo, traz à baila debates quanto a repressão à concorrência desleal e reforça a análise da crítica de que a publicidade sempre visa manipular os seus destinatários (Adorno; Horkheimer, 1985).

Como se verá abaixo, essas preocupações levaram diferentes Estados a regular o uso da atividade de marketing por influenciadores digitais, de modo vinculante ou simplesmente orientativo. Enquanto no passado era possível que Nancy Green fosse livremente invisibilizada e explorada como um arquétipo do imaginário branco do sul estadunidense (Gerhardt, 2022), os profissionais de marketing de hoje em dia veem-se cada vez mais submetidos a controles estatais que visam proteger a dignidade humana, garantir relações de consumo lícitas, salvaguardar a livre concorrência e reforçar o papel da transparência na sociedade contemporânea.

3. REGULAÇÃO FRANCESA DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

O primeiro país a regular de forma ampla e por meio de lei em sentido estrito as atividades dos digital influencers foi a República Francesa, em junho de 2023 (França, 2023). Na ocasião, um acordo “sem precedentes”, nas palavras da relatora do projeto no Senado, garantiu uma aprovação unânime e célere da regulação, a qual prometia proteger os consumidores, especialmente os mais jovens, das atividades de marketing conduzidas por influenciadores (Le Monde, 2023a). Destaca-se, contudo, que Thierry Breton, comissário europeu de mercado interno, criticou o governo francês por adotar e promulgar aquela legislação tão rapidamente, antes que a Comissão Europeia desse o seu parecer sobre a matéria, motivo pelo qual já se discute reescrevê-la parcialmente (Le Monde, 2023b).

Apesar dessa intenção de revisar pequenos trechos da legislação, ela certamente representa um primeiro passo relevante para a discussão dos contornos operatórios a serem exigidos dos influenciadores. Em primeiro lugar, ela proíbe a promoção de diversos bens e serviços, tais como: métodos estéticos ou de prescrição médica; produtos nicotínicos; animais silvestres; contratos financeiros; ativos digitais; initial coin offerings (ICOs); dicas ou previsões esportivas; jogos de dinheiro ou de azar voltados a crianças e adolescentes; e inscrições em certos treinamentos profissionais. Promover esses itens pode gerar uma punição de dois anos de prisão, uma multa de trezentos mil euros e a proibição de exercer a atividade profissional de influenciador (França, 2023, artigos 3 e 4).

Além disso, o conteúdo postado pelo influencer para fins de marketing deve agora explicitamente indicar que se trata de “publicidade” ou de “colaboração comercial”. Publicações patrocinadas que contenham imagens de corpos modificados por meio de inteligência artificial também devem indicar essa informação de forma clara aos usuários. A promoção de determinados cursos profissionais, igualmente, precisa de uma discriminação quanto aos seus patrocinadores (França, 2023, artigo 5).

A lei francesa, ademais, determina que influenciadores digitais que apenas comercializem bens e serviços, mas não assegurem sua entrega e prestação, passam a ser civilmente responsáveis perante os consumidores por eventuais defeitos. Agentes de marketing, por sua vez, devem evitar situações de conflitos de interesses, celebrar contratos formais com os influencers e garantir a licitude das suas atividades online perante a legislação. Ainda em matéria de responsabilidade civil, a norma estabelece solidariedade entre o anunciante, o agente de marketing e o influenciador, em relação a quaisquer danos causados a terceiros durante a execução do contrato de marketing de influência, bem como a obrigação de contratar seguro de responsabilidade civil caso o influenciador não esteja localizado na União Europeia, na Suíça ou no Espaço Econômico Europeu (França, 2023, artigos 6 a 9).

Outro ponto de atenção adotado pela regulação francesa foi a preocupação com a fiscalização sobre o conteúdo publicado por influenciadores digitais. Na esteira da aprovação do Digital Services Act (UE, 2022), a Lei n.º 2023-451 estabeleceu que provedores de aplicações de internet devem criar mecanismos que permitam a notificação acerca da presença de quaisquer conteúdos ilícitos, inclusive de digital influencers, além de disponibilizar ao público relatórios sobre suas atividades de moderação de conteúdo, o que deve ocorrer com prioridade e diligência (França, 2023, artigos 10 a 12). Por fim, os provedores ficam obrigados junto ao Estado a promover a divulgação ao público acerca de informações úteis relativas aos direitos e deveres dos influenciadores digitais, bem como sobre a conscientização quanto à possibilidade de denúncia de conteúdos ilícitos (França, 2023, artigos 15 e 16).

Nota-se, conseqüentemente, que a nova legislação francesa estabelece uma série de requisitos a fim de atualizar o seu ordenamento jurídico aos novos desafios referentes à atividade de marketing conduzida por influenciadores digitais. Enquanto regulação pioneira na matéria, percebe-se o intuito de garantir maior transparência na comunicação conduzida pelos influencers, o que igualmente corresponde às principais preocupações em

regulações abrangentes ou não vinculativas ao redor do mundo⁷. Com isso em mente, pode-se averiguar como o Brasil tem tratado a matéria, a fim de confirmar se há de fato compatibilidade do marketing de influência com a Constituição da República e com o CDC.

4. COMPATIBILIDADE DA ATIVIDADE DE INFLUÊNCIA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Dentre os princípios gerais da atividade econômica brasileira, a serem observados para assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, ressalta-se a defesa do consumidor (artigo 170, V, da Constituição da República). Na lição de Eros Grau (2010, p. 255), essa norma-objetivo afetaria todo o exercício da ordem econômica, dada a “posição de debilidade e subordinação estrutural” do consumidor em face do fornecedor⁸, razão pela qual defende o jurista a implementação de normatividade específica e de medidas dotadas de caráter interventivo na promoção da defesa do consumidor, forte no artigo 5º, XXXII, da Constituição da República.

O direito fundamental à defesa do consumidor esprou-se pelo ordenamento jurídico, com a teoria da força normativa e com relevante influência nas relações privadas, à luz da metodologia normativa civil-constitucional, em busca de uma perspectiva mais solidária, social e fraterna, que se consubstanciou na criação do CDC (Benjamin; Marques; Bessa, 2021).

Nessa toada, destaca-se que a Política Nacional das Relações de Consumo no Brasil tem por objetivo a transparência e a harmonia das relações de consumo (artigo 4º, CDC), de sorte que um dos direitos básicos do consumidor seria justamente a proteção contra a publicidade enganosa e

⁷ Para ilustrar outros exemplos de regulações abrangentes ou não vinculativas quanto à atividade de digital influencers ao redor do mundo, confirmam-se os exemplos dos seguintes países: Argentina (2020); China (2023); Espanha (2020); EUA (2019); Portugal (2019); Reino Unido (2023); e Singapura (2016).

⁸ É considerado fornecedor, à luz do artigo 3º do CDC, 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.

abusiva (artigo 6º, IV, CDC). Atividades de marketing no Brasil devem, logo, ser veiculadas de forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifiquem como tais (artigo 36, CDC).

Assim, não há de pronto um impeditivo legal ao marketing de influência no ordenamento jurídico nacional, tampouco regulação específica desta prática, embora existam requisitos específicos, conforme o CDC, que devem ser observados pelos digital influencers. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (“CONAR”)⁹ entende que quando não estiver contextualmente evidente a atividade de publicidade, seria necessária uma menção explícita para a sua identificação, a fim de garantir a compreensão do público-alvo de seguidores a respeito da atividade de marketing. Aliado a isso, o CONAR (2021b) também defende a utilização de práticas de educação preventiva, para fins de conscientizar e capacitar os consumidores, em matéria de publicidades responsáveis.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, do CONAR, por sua vez, estabelece em seu artigo 3º que todo anúncio deve ter presente a responsabilidade do veículo de divulgação junto ao consumidor. O Código prevê em seu artigo 23, ainda, o princípio da honestidade, segundo o qual os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar a sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade. Por fim, o artigo 28 do Código disciplina que o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação (CONAR, 2021a). Entretanto, a atuação isolada do CONAR tem se mostrado insuficiente, dada a dinamicidade das comunicações na internet, que exigiriam um esforço conjunto para a imposição de um controle mais rígido da publicidade oculta realizada por digital influencers (Simas; Souza Júnior, 2018).

De todo modo, em termo jurídicos e relacionados à legislação estatal propriamente dita, se o influenciador obtiver vantagens ou benefícios do

9 O CONAR é uma associação privada que adota espontaneamente normas éticas de autorregulação de marketing para as entidades que adiram ao seu Código (CONAR, 2021a).

fornecedor¹⁰ e causar danos ao consumidor por publicidade em desconformidade com as normas legais, será considerado fornecedor por equiparação, com possibilidade de responsabilização civil. O influencer, nesse cenário, atuaria como “promotor de vendas”, passível de solidariedade com o fornecedor na hipótese de fato do produto e do serviço, principalmente por se encontrar na posição de garantidor daquilo que anuncia (Ody; D’Aquino, 2021).

Isso significa que todos na cadeia de consumo devem responder perante aquele que sofreu o dano, sob a égide do CDC. No caso do influenciador, vale destacar, é mais interessante para os anunciantes que o marketing se insinue como uma simples opinião pessoal e desinteressada, haja vista a predileção de consumidores por publicações autênticas e pela relação de proximidade entre os usuários e os seus influencers. Conduzir o consumidor a erro, porém, configuraria prática publicitária em desconformidade com a legislação nacional, situação que atrai a responsabilidade solidária e por culpa presumida dos influenciadores, em uma posição de consonância com o fornecedor, diante dos anúncios ilícitos e dos danos causados (Moreira; Barbosa, 2018).

Mesmo assim e na prática, o que se tem observado, com constância, é a proliferação de publicidades danosas, veladas e pouco transparentes, as quais efetivamente prejudicam diversos usuários no Brasil, como o recente caso do Crash, da plataforma Blaze – jogo de azar amplamente divulgado por digital influencers, que ficou conhecido como o “jogo do aviãozinho” e que tem sido investigado pela Polícia Civil do Estado de São Paulo (G1, 2023a).

Nas palavras de um dos influenciadores envolvidos no incidente, apesar do medo e da desconfiança ante jogos de azar, após campanhas ativas dos influencers os cassinos passaram a lucrar e a ter cada vez mais público, o que comprovaria o poder de persuasão dessas pessoas junto aos seus seguidores fiéis. Contudo, suspeitas indicam que a Blaze não pagaria aqueles que conquistam grandes quantias com o Crash, situação que pode em tese configurar crime de estelionato, tipificado no artigo 171 do Código Penal

10 Isso inclui, *exempli gratia*, contrapartidas em dinheiro, envio de produtos, concessão de serviços ou retornos financeiros pela visibilidade alcançada pelo influencer (Ody; D’Aquino, 2021).

(Decreto-Lei n.º 2.848/1940). A justiça paulista, inclusive, chegou a bloquear cerca de cem milhões de reais da Blaze. Por seu lado, os influenciadores contratados para as atividades de marketing sustentam que não possuem qualquer responsabilidade pelos danos causados (G1, 2023a).

Fortune Tiger, outro jogo de azar difundido por influencers que teriam repentina e controversamente enriquecido com as apostas, da mesma forma tem sido investigado pelas polícias do Paraná e do Maranhão. O “jogo do tigrinho”, como ficou popularmente conhecido, teve consequências semelhantes ao Crash, com apreensões de milhões de reais em bens pela justiça e com muitos usuários enganados pelas promessas difundidas pelos influenciadores que seguiam (G1, 2023b).

De acordo com Ronaldo Lemos (2023) e com os casos acima em mente, uma das principais vantagens da contratação de influenciadores digitais para fins de marketing seria justamente a ausência de regulação específica para essas atividades. Tornam-se possíveis, assim, comunicações agressivas e abusivas, que se traduzem na publicidade de produtos duvidosos ou prejudiciais aos consumidores.

Ante o exposto, observa-se que embora as normas jurídicas de proteção do consumidor sejam a princípio plenamente aplicáveis às atividades dos digital influencers, na materialidade dos fatos a sua validade técnico-jurídica não tem bastado para a finalidade à qual se destina, isto é, o combate a publicidades pouco transparentes e ilícitas. Miguel Reale (1996, p. 114) ensina que uma lei pode ser promulgada e, independentemente disso, carecer de eficácia. Por outro lado, ela pode contrariar tendências e inclinações dominantes, de sorte que apenas conseguiria cumprimentos por vias compulsórias. “A eficácia [...] tem um caráter experimental, porquanto se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao ‘reconhecimento’ (*Anerkennung*) do Direito pela comunidade”.

Importa, dessa forma, uma atenção especial quanto ao atributo da efetividade do CDC para a regulação da atividade de marketing por influenciadores digitais. Uma norma eficaz é a observada pelos aplicadores do

Direito, o que simboliza “a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social” (Barroso, 2001, p. 85). Se com Hans Kelsen (2009) a validade do direito pressuporia a sua efetividade, um ordenamento pós-positivista exige cada vez mais a construção de racionais complexos e multifacetados, de modo que a argumentação se confunde com a justificação e a justiça passa a corresponder à possibilidade de convencer o outro de que o seu comportamento é adequado (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2014).

Em outras palavras, se para responsabilizar influenciadores digitais é necessária a realização de uma interpretação de uma norma ampla, como o CDC, o qual pode ou não ser eficaz e aplicado concretamente, a depender do entendimento e da capacidade de convencimento do juiz¹¹, seria este o momento e o ponto de inflexão para uma regulação mais específica, assertiva e literal das atividades de marketing por digital influencers, nos moldes do que se realizou na França?

5. NECESSIDADE DE REGULAÇÃO ESPECÍFICA DA COMUNICAÇÃO DE DIGITAL INFLUENCERS NO BRASIL

Compreender quando se deve regular uma atividade econômica é difícil. “Os reguladores são confrontados com a árdua tarefa de medir o tempo certo de promover a intervenção necessária” (Keller; Baptista, 2016, p. 159). Todavia, o Estado não pode se paralisar e quedar inerte à luz de novos desafios regulatórios. Os ônus de se imporem restrições às atividades de influenciadores digitais parecem atualmente superar eventuais bônus à livre iniciativa e à liberdade de sua atuação no mercado, tendo em vista os riscos supramencionados e os danos causados a consumidores vulneráveis.

¹¹ Recentemente, a despeito de toda a construção doutrinária em sentido contrário, a 2ª Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou entendimento de que a publicidade realizada por influenciador digital não tem o condão de gerar responsabilidade civil solidária, por força da sua posição de simples apresentador e garoto-propaganda (Brasil, 2023b).

A bem da verdade, ainda, não é apenas o Estado que pode e deve auxiliar nesta nova perspectiva regulatória à atividade publicitária dos digital influencers. Uma regulação dinâmica envolve não apenas a legislação estatal¹², mas também as normas sociais, o mercado e a arquitetura tecnológica (Lessig, 2006).

No que se refere às normas sociais, elas têm relevância no presente caso a partir das restrições realizadas por consumidores cada vez mais ativistas e que reivindicam maior transparência e respeito aos padrões éticos a serem aplicados em campanhas via marketing de influência. É o caso da Quaker Oats, citada na introdução deste trabalho, que teve de remodelar sua marca para pôr fim a acusações sobre a utilização de estereótipos racistas nos produtos da Tia Jemima, cuja imagem proveio da primeira influenciadora de que se tem notícia, Nancy Green (Gerhardt, 2022).

Ao mercado, por sua vez, pode-se pensar em limitações impostas por questões econômicas, como a diminuição de valores e da contratação de influenciadores para atividades publicitárias. Porém, uma vez que essa técnica de marketing é altamente lucrativa para os anunciantes, que não se submetem a maiores controles repressivos pela veiculação irregular das comunicações (Lemos, 2023), observa-se, pelo contrário, o aumento da utilização de influencers para essas finalidades publicitárias¹³, embora uma regulação conjunta com a sociedade possa reverter a situação, especialmente quanto a campanhas antijurídicas, considerando-se as práticas ESG que demandam uma atuação mais responsável e ética do mercado para com o seu público (ONU, 2005).

Por fim, a própria arquitetura e o design da internet igualmente são capazes de influir em práticas regulatórias das atividades de marketing por digital influencers. A rede social Instagram, a título de exemplo, incluiu novas pastas na sua aba de Mensagens, para o recebimento de solicitações de

¹² Destacam-se, atualmente, três Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional brasileiro, em matéria de regulação da atividade de marketing por influenciadores digitais, excetuados os seus apensados: PL 10919/2018 (Brasil, 2018); PL 929/2020 (Brasil, 2020); e PL 3444/2023 (Brasil, 2023a).

¹³ Pesquisa da Youpix, em parceria com a Nielsen, revelou que 84,4% das empresas tinham a intenção de ampliar os investimentos em marketing de influência, no ano de 2023 (Barbosa, 2023).

parcerias e de convites de projetos voltados aos influenciadores. Além disso, a plataforma indica agora a necessidade de adição de rótulos de parcerias pagas nas publicações de marketing, a fim de garantir mais transparência nas comunicações com os seguidores (Instagram, 2020).

A partir de todos esses parâmetros, é possível apontar de forma multissetorial e democrática as principais atualizações necessárias para a adequação do marketing de influência ao ordenamento jurídico brasileiro, particularmente perante as normas de proteção ao consumidor e os parâmetros contidos na Constituição da República. Essa nova regulação pode, para além de questões consumeristas, focalizar os potenciais riscos derivados de publicações de grande alcance realizadas por digital influencers, sem relação com patrocínios ou atividades de marketing.

Dado o poder de essas pessoas convencerem os seus milhões de seguidores a respeito de fatos da vida que não se resumem ao consumo, a sua influência certamente pode se voltar à causação de danos à pessoa humana e jurídica¹⁴, ou à incitação e a prática de crimes¹⁵. Nesses cenários, a doutrina tem sustentado a responsabilidade aquiliana dos digital influencers, a ser aferida mediante a perquirição de culpa – seja nas modalidades imprudência ou negligência – “tendo-a como elemento do suporte fático do ato (i)lícito e que gera a obrigação de indenizar” (Ody; D’Aquino, 2021, p. 14).

Nessa situação, ainda que o influenciador exercite sua liberdade de expressão para se comunicar com os seus seguidores, cometerá ato ilícito caso exceda manifestamente os limites impostos pelo fim econômico-social do direito, pela boa-fé ou pelos bons costumes, consoante o artigo 187 do Código Civil¹⁶. Busca-se, em conclusão, a concretização do princípio da reparação

14 O perfil Choquei, por exemplo, ao exercer influência considerável perante os seus seguidores, é suspeito de induzir Jéssica Canedo ao suicídio, após a divulgação de fake news sobre um relacionamento amoroso entre a jovem e o cantor Whindersson Nunes (Durães, 2023).

15 A título exemplificativo, o influenciador Monark é investigado pela Procuradoria-Geral da República, após defender no Flow Podcast a existência de um partido nazista no Brasil, o que pode configurar em tese delito de apologia ao nazismo, tipificado no artigo 20 da Lei Federal n.º 7.716/1989 (Rocha, 2022).

16 No ponto, “as manifestações do influencer, quando dissociadas de relação de consumo, afiguram-se como manifestações da liberdade de expressão – que é constitucionalmente assegurada, mas é suscetível de limitação por outro de mesma estatura constitucional, como são os direitos de personalidade, que

integral pelos danos causados no exercício da condição de influenciador digital, especialmente por conta do poder e da capacidade de persuasão do influencer em face de seguidores vulneráveis. Seja em relações de consumo (enfoque deste artigo), seja no exercício da sua liberdade de expressão, a atividade comunicacional do influenciador digital precisa de uma nova perspectiva regulatória, que esteja afinada com a proteção da dignidade da pessoa humana, conforme o artigo 1º, III, da Constituição da República.

6. CONCLUSÃO

Este trabalho buscou analisar como digital influencers exercem suas atividades na internet, principalmente quando contratados para a realização de campanhas publicitárias. Com base em pesquisas bibliográficas, pôde-se constatar que o marketing de influência configura contemporaneamente uma prática dinâmica e cada vez mais adotada por empresas, com o intuito de superar a aversão do público aos métodos de propaganda convencionais.

Além disso, verificou-se que diversos ordenamentos estrangeiros possuem orientações regulatórias para reconfigurar e contornar comunicações agressivas e abusivas levadas a cabo por influenciadores digitais. O expoente dessa conjuntura é a nova legislação francesa, a qual busca impor de forma efetiva diversas obrigações a essa atividade econômica, com a proibição da publicidade de determinados conteúdos, novas regras de transparência e responsabilização por eventuais danos causados.

O Brasil, por sua vez, possui uma legislação de proteção ao consumidor bastante ampla e que não tem se mostrado eficaz e suficiente para os desafios e as perspectivas dessas modernas atividades criativas de marketing online. Apesar dos esforços do CONAR e do racional doutrinário com suporte no CDC, uma regulação que foque exclusivamente nas atividades de influenciadores digitais pode mostrar-se mais efetiva na proteção de usuários vulneráveis, influenciados e alcançados pelos conteúdos de terceiros,

emanam da dignidade da pessoa humana” (Ody; D’Aquino, 2021, p. 15).

cujas publicações muitas vezes podem representar publicidades veladas, lesões a direitos da personalidade e incitações ao crime.

A construção desta nova perspectiva à regulação da atividade de influenciadores digitais no Brasil deve ser multissetorial, democrática e não apenas legislativa em sentido estrito. A participação da sociedade, do mercado e da própria arquitetura tecnológica da internet, sob o prisma do cabo de quatro pontas de Lawrence Lessig (2006), pode harmonizar as comunicações dos digital influencers *vis-à-vis* as normas constitucionais de proteção ao consumidor e à liberdade de expressão.

O poder da influência se traduz na persuasão do outro, na ilusão de paridade meticulosamente arquitetada por anunciantes, agências de publicidade e os promotores de venda em si. No passado, Nancy Green representou a Tia Jemima para uma turba pouco preocupada com questões éticas. Atualmente, a sociedade civil organizada tem demonstrado cada vez mais repúdio a atividades pouco transparentes, calcadas em uma vida para o consumo artificial e que propugnam uma nova sociedade do espetáculo. Justamente por essas razões, um empenho coletivo por uma regulação dos influenciadores digitais é necessário, a fim de que a diluição da publicidade no design do social, como outrora sustentava Baudrillard (1991), deixe de fazer suas vítimas no altar da influência online.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. Tradução: Guido Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

ARGENTINA. **Influencers** – guía para la comunicación con fines comerciales. Argentina, Buenos Aires: Consejo de Autorregulación Publicitaria, 2020.

BARBOSA, Andressa. **Dobra o Número de Empresas Dispostas a Investir Mais de R\$ 1 Milhão em Influência**. Forbes Brasil. São Paulo, 19 de abr. de 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e Simulações**. Tradução: Maria Pereira. Portugal, Lisboa: Relógio D'Água, 1991.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2022.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

BRASIL. **PL 10919/2018**. Acrescenta parágrafo ao art. 36, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), para obrigar a identificação publicitária na exibição e na divulgação patrocinadas de produtos e serviços, independentemente da forma ou meio de veiculação. Brasília: Congresso Nacional, 2018.

BRASIL. **PL 929/2020**. Dispõe sobre o exercício da profissão de Blogueiro e Vlogueiro, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 2020.

BRASIL. **PL 3444/2023**. Define a atividade de influência em meio eletrônico, altera a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 para impor a necessidade de autorização judicial para participação de crianças em gravações audiovisuais a título oneroso, estabelece regras relativas a publicidade e uso de imagem e obrigações para agentes e provedores digitais. Brasília: Congresso Nacional, 2023a.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2ª Turma Recursal Cível. **Recurso Inominado Cível n.º 1000414- 97.2022.8.26.0587**. Relatora: Léa Maria Barreiros Duarte. Julgamento: 28 de novembro de 2023b.

CLAUSEN, Laura; RIEFA, Christine. **Towards Fairness in Digital Influencers' Marketing Practices**. Journal of European Consumer and Market Law. Países Baixos, Haia, v. 8, n. 2, abr. 2019.

CHINA. **Aviso sobre o Fortalecimento da Gestão de Mídia Própria**. China, Pequim: Escritório de Informação, 2023.

CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. São Paulo: Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, 2021a.

CONAR. **Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais**. São Paulo: Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, 2021b.

DEBORD, Guy. **Sociedade do Espetáculo**. Tradução: Estela Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DURÃES, Giovanna. **'Choquei'**: Investigação segue com suspeita de indução ao suicídio e quebra de sigilo, diz delegado. O Globo. Rio de Janeiro, 29 de dez. 2023.

ESPAÑA. **Código de Conducta sobre el Uso de Influencers en la Publicidad**. Espanha, Madri: Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial e Asociación Española de Anunciantes, 2020.

EUA. **Disclosures 101 for Social Media Influencers**. Estados Unidos da América, Washington: Federal Trade Commission, 2019.

FRANÇA. **Loi n.º 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux**. França, Versalhes: Parlamento da França, 2023.

G1. **'Jogo do Aviãozinho'**: quem são os influenciadores investigados por divulgação de jogos ilegais. Fantástico. Rio de Janeiro, 18 de dez. 2023a.

G1. **'Perdi meu Salário Todo em 15 Minutos', Revela Vítima do 'Jogo do Tigre'**. Fantástico. Rio de Janeiro, 05 de dez. 2023b.

GERHARDT, Deborah. **The Last Breakfast with Aunt Jemima and Its Impact on Trademark Theory**. The Columbia Journal of Law & the Arts. Estados Unidos da América, Nova Iorque, v. 45, n. 2, fev. 2022.

GRAUS, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2010.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade da Transparência**. Tradução: Enio Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017.

INSTAGRAM. **Partner with Brands**. Get paid. Estados Unidos da América, Califórnia, 2020.

KELLER, Clara Iglesias; BAPTISTA, Patrícia. **Por Que, Quando e Como Regular as Novas Tecnologias?** Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 273, pp. 123-163, set./dez., 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOTLER, Philip; KELLER, Kevin Lane. **Administração de Marketing**. Tradução: Sonia Yamamoto. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2018.

LE MONDE. **Influenceurs**: la première loi encadrant le secteur définitivement adoptée par le Parlement. Le Monde. França, Paris, 01 de jun. 2023a.

LE MONDE. **Le Gouvernement Veut Réécrire Partiellement la Loi sur les Influenceurs**. Le Monde. França, Paris, 17 de nov. 2023b.

LEMOS, Ronaldo. **Egomídia**: a ascensão dos influenciadores. Folha de São Paulo. São Paulo, 06 de ago. 2023.

LESSIG, Lawrence. **Code: and other laws of cyberspace**, version 2.0. Estados Unidos da América, Nova Iorque: Basic Books, 2006.

MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues; BARBOSA, Nathalia Sartarello. **O Reflexo da Sociedade do Hiperconsumo no Instagram e a Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais**. Direitos Culturais. Rio Grande do Sul, v. 13, n. 30, pp. 73-88, mai./ago., 2018.

O GLOBO. **Bisneto de “Aunt Jemima” Exige Reparação por Uso Indevido de Imagem e Invisibilização de História**. O Globo. Rio de Janeiro, 23 de jun. 2020.

ODY, Lisiane Feiten Wingert; D'AQUINO, Lúcia Souza. **A Responsabilidade dos Influencers: uma análise a partir do Fyre Festival, a maior festa que jamais aconteceu**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, pp. 1-18, dez., 2021.

ONU. **Who Cares Wins: connecting financial markets to a changing world**. Estados Unidos da América, Nova Iorque: United Nations Global Compact, 2005.

PACETE, Luiz Gustavo. **Quanto Ganham os Influenciadores Brasileiros**. Forbes Brasil. São Paulo, 02 de fev. de 2023.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. Tradução: Maria Galvão. São Paulo: WMF, 2014.

PORTUGAL. **Informação sobre as Regras e Boas Práticas na Comunicação Comercial no Meio Digital – guia para influenciadores e anunciantes**. Portugal, Lisboa: Direção-Geral do Consumidor, 2019.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

REINO UNIDO. **Influencers' Guide to Making Clear that Ads are Ads**. Reino Unido, Londres: The Advertising Standards Authority, 2023.

ROBERTS, Sam. **Overlooked no More: Nancy Green, the ‘Real Aunt Jemima’**. The New York Times. Estados Unidos da América, Nova Iorque, 17 de jul. de 2020.

ROCHA, Marcelo. **Aras Vai Investigar se Monark e Kim Fizeram Apologia do Nazismo**. Folha de São Paulo. São Paulo, 08 de fev. 2022.

SIMAS, Danielle Costa de Souza; SOUZA JÚNIOR, Albefredo Melo de. **Sociedade em Rede: os influenciadores digitais e a publicidade oculta nas redes sociais**. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias. Salvador, v. 4, n. 1, pp. 17-32, jan./jun., 2018.

SINGAPURA. **Guidelines on Interactive Marketing Communication and Social Media**. Singapura, Queenstown: Advertising Standards Authority of Singapore, 2016.

TRUSOV, Michael; BODAPATI, Anand; BUCKLIN, Randolph. **Determining Influential Users in Internet Social Networks**. Journal of Marketing Research. Estados Unidos da América, Chicago, v. 47, n. 4, ago. 2010.

TRZASKOWSKI, Jan. **User-Generated Marketing** – legal implications when word-of-mouth goes viral. International Journal of Law and Information Technology. Reino Unido, Oxford, v. 19, n. 4, set. 2011.

UE. **Behavioural Study on Advertising and Marketing Practices in Online Social Media**. União Europeia: Comissão Europeia, 2018.

UE. **Regulamento dos Serviços Digitais**. Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022 relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE. União Europeia: Jornal Oficial, 2022.

SUBMETIDO | *SUBMITTED* | *SOMETIDO* | 01/03/2024
APROVADO | *APPROVED* | *APROBADO* | 16/04/2024

REVISÃO DE LÍNGUA | *LANGUAGE REVIEW* | *REVISIÓN DE LENGUAJE*
Thalis Fernando Bastos da Silva Pereira

SOBRE O AUTOR | *ABOUT THE AUTHOR* | *SOBRE EL AUTOR*

MATHEUS MANTUANI NUNES

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil.

Pós-Graduando em Direito Digital pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduando em Direito pela UERJ. E-mail: matheus-mantuani@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9149-1287>.