

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento de atividades comerciais está muito relacionado à prática publicitária, que tem como objetivo justamente a divulgação de produtos, serviços e marcas para estimular o consumo e desejo por parte do público, principalmente para negócios B2C (*Business to Consumer*). Com a digitalização das relações de consumo, tanto em plataformas tipicamente comerciais como em redes sociais, a publicidade também se inseriu no meio virtual.

A publicidade nas redes sociais, contudo, despertou novas preocupações no âmbito da regulamentação da comunicação publicitária no país, principalmente quando essa se dá de forma furtiva, ou seja, com a intenção de ocultar o seu caráter publicitário, levando o usuário-consumidor a acreditar na neutralidade da mensagem veiculada.

O controle da publicidade no Brasil se dá por meio de um sistema misto, por um lado há controle estatal, merecendo destaque o Código de Defesa do Consumidor, e por outro há controle privado pelo próprio mercado por meio da autorregulamentação, nesse âmbito destacando-se o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Historicamente, a coexistência desses dois modelos divide a população e o debate político, sendo apontada a preocupação com a neutralidade das normas criadas pelo CONAR, que não devem atender apenas aos interesses das grandes empresas do mercado, mas observar também a livre iniciativa e concorrência, assim como a proteção do consumidor. Além disso, há também o questionamento acerca da coercibilidade das normas estabelecidas pelo Conselho.

A luz desta problemática, o presente Artigo se propõe a analisar o tratamento normativo dado à publicidade furtiva nas redes sociais, na sua esfera estatal e privada, de modo a contribuir para o debate acerca de qual modelo de controle regulamentar se mostra mais adequado à proteção constitucional do consumidor sem, contudo, prejudicar e enfraquecer a livre iniciativa, também assegurada constitucionalmente.

Para tanto, o método adotado na elaboração deste artigo consiste na pesquisa hipotético-dedutiva, com propósito descritivo, de natureza aplicada e com abordagem qualitativa, a partir da pesquisa bibliográfica e documental (legislação).

O primeiro tópico estabelecerá a base teórica necessária para a compreensão da problemática em torno da autorregulamentação publicitária à luz da proteção do consumidor, fixando o conceito de relação de consumo, que quando configurada atrairá a incidência do Código de Defesa do Consumidor, e o conceito de publicidade e, mais especificamente, da

publicidade digital.

Na parte seguinte será apresentado o tratamento normativo dado pelo ordenamento brasileiro, tanto pelo controle estatal quanto pelo privado, à comunicação publicitária, bem como será conceituada a publicidade furtiva nas redes sociais, a qual não foi objeto de regulamentação expressa pelo legislador consumerista.

Por fim, no último tópico, são estabelecidas duas premissas para a regulamentação publicitária: a liberdade como pressuposto e a proteção do consumidor como dever. Concluindo, ao fim, que o modelo misto de controle adotado pelo Brasil se mostra adequado aos objetivos constitucionais de configuração da ordem econômica nacional.

2 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO E PUBLICIDADE DIGITAL

A tutela das relações de consumo encontra respaldo, inicialmente, no texto da Constituição Federal de 1988 que instituiu o dever estatal de defesa do consumidor em seu artigo 5º, inciso XXXII, bem como estabeleceu essa proteção como um dos princípios gerais da ordem econômica nacional, nos termos do seu artigo 170, inciso V. Assim, o consumidor possui o direito fundamental a receber proteção do Estado, diante da situação de vulnerabilidade em que se encontra (NUNES JÚNIOR, 2015, p.157). Posteriormente, foi editada a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Com isso, surge o microssistema de defesa do consumidor como um conjunto de regras e princípios que buscam a manutenção do equilíbrio nas relações de consumo, possibilitando assim o desenvolvimento das atividades comerciais com respeito à visão do constituinte de uma ordem econômica sustentável e justa. Esse conjunto de normas é igualmente aplicável às contratações eletrônicas da modalidade B2C (*Business to Consumer*), que possuem autêntica forma de contrato de adesão, ou seja, entre um fornecedor comerciante e um consumidor (VANCIN, 2014, p. 117).

Para a aplicação da legislação consumerista, portanto, é necessário identificar a existência de uma relação jurídica de consumo capaz de ensejar a sua aplicação (BENJAMIN, 2020, p. 105), razão pela qual o presente tópico se propõe a estabelecer o conceito desta relação, assim como conceituar a publicidade digital, enquanto uma das atividades econômicas que podem configurar vínculo consumerista.

2.1 CONCEITO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

A relação jurídica de consumo não está expressamente conceituada no Código de Defesa do Consumidor. O legislador optou por estabelecer os seus elementos constitutivos para que haja a aferição no caso concreto de sua existência, conferindo assim maior amplitude e capacidade adaptativa ao conceito, são eles: os subjetivos (consumidor e fornecedor), objetivos (produtos e serviços) e casual ou finalístico.

Quanto aos elementos subjetivos, nos termos do artigo 2^a, *caput* do CDC, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Assim, é possível afirmar que “a definição de consumidor é relacional e depende da presença de um fornecedor no outro lado da relação jurídica submetida ao CDC, seja contratual ou extracontratual”(BENJAMIN, 2020, p. 131), pois só assim haverá a oferta de aquisição ou uso de produto ou serviço.

Nesse sentido, fornecedor é qualquer pessoa física ou jurídica que desenvolva atividade tipicamente profissional com habitualidade, portanto com intuito de lucro, nos termos do artigo 3^o, *caput* do CDC (MARQUES, BENJAMIN, MIRAGEM, 2019, p.200). No âmbito doutrinário e jurisprudencial, surge também a figura do fornecedor equiparado, que é um intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, atuando frente ao consumidor como se fornecedor fosse (BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2020, p.138).

Quanto aos elementos objetivos, o legislador conceituou produto como “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (artigo 3^o, §1^o, CDC) e serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (artigo 3^o, §2^o, CDC).

Já o elemento causal ou finalístico diz respeito à aquisição ou utilização do produto como destinatário final. Atualmente, são três as formas de interpretação da destinação final: a da teoria finalista, maximalista e finalista aprofundada (MARQUES, BENJAMIN, MIRAGEM, 2019, p. 127-128), contudo, por não guardar relação direta com o objeto de análise deste Artigo, não vão ser aprofundadas.

Um quarto elemento, apesar de não constar expressamente na legislação, é a existência de vulnerabilidade, que é um “fenômeno de direito material com presunção absoluta (*jure et de jure*)” (AQUINO JÚNIOR, 2012, p. 1330-131). No ambiente virtual, as transações comerciais estão sujeitas à particularidades em relação ao ambiente presencial, como os aspectos tecnológicos das operações, bem como partilham dos problemas já existentes, como a desigualdade informacional (FURTADO, ALMEIDA JÚNIOR, 2020, p. 577), o que agrava

a assimetria entre as partes (MODENESI, 2020, p. 476) e, assim, reforça a vulnerabilidade do consumidor.

Além do conceito de relação jurídica de consumo extraída dos elementos citados, o legislador também criou a figura do consumidor por equiparação, caso em que, ainda que o indivíduo ou grupo não preencha todos os requisitos estabelecidos no artigo 2º, *caput*, do CDC, ainda assim haverá a sua caracterização enquanto consumidor. Dentre as hipóteses contempladas pelo legislador, merece destaque no presente estudo a do artigo 29 do CDC, que prevê a equiparação ao consumidor de todas as pessoas, ainda que indetermináveis, que forem expostas às práticas comerciais previstas no Capítulo V do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, com o permissivo legal, tendo em vista que no referido capítulo, na seção III, consta a regulação da publicidade, é possível afirmar que independentemente da prática de qualquer ato no sentido de adquirir ou utilizar produto ou serviço, ou da ocorrência de dano, haverá o enquadramento de consumidor da pessoa exposta a comunicação de natureza publicitária (ALVES, 2020, p. 88). E, sendo ele o destinatário final da comunicação, estará configurada a relação de consumo.

2.2 CONCEITO DA PUBLICIDADE DIGITAL NAS REDES SOCIAIS

A publicidade é uma prática comercial, patrocinada por ente público ou privado, que utiliza de veículos de difusão para apresentar uma oferta destinada à divulgação, com finalidade econômica, visando persuadir consumidores à compra, direta ou indiretamente, e despertando o desejo e aumento da demanda relacionada ao objeto divulgado (ALVES, 2020, p. 135). Nesse sentido, a prática publicitária desempenha importante papel no desenvolvimento de atividades econômicas, compondo o rol de direitos do anunciante/fornecedor (FINKELSTEIN, 2011, p. 136-137).

Publicidade, contudo, não deve ser confundida com *marketing*. Este último é, na verdade, gênero, do qual as estratégias publicitárias são espécie (DIAS, 2018, p. 28). contemplando não só as ações de comunicação da marca, como também qualquer atividade que busque identificar e atender as necessidades e desejos do mercado de consumo (LARENTIS, 2019, p. 15).

Isto posto, os meios de comunicação, como televisão, jornal, rádio e internet, e os seus respectivos veículos de comunicação (empresas responsáveis por trabalhar com os meios, como as emissoras e editoras), desempenham papel de extrema relevância para o estudo publicidade, seja ela tradicional ou digital (GONÇALVES, 2012, p. 9). Afinal, é por meio

deles que será transmitida a mensagem dos anunciantes aos consumidores (GONÇALVES, 2012, p. 24).

Com o fortalecimento dos canais virtuais de relacionamento (redes sociais) e pesquisa, e com o processo de digitalização das relações de consumo, a internet passou a ser um dos principais meios de comunicação publicitária das marcas B2C (*Business-to-Consumer*). A publicidade online é uma forma acessível de divulgação, do microempresário individual às empresas multinacionais, sendo possível anunciar nesse meio sem demandar investimentos elevados e sem sofrer, por exemplo, com a forte regulamentação que os anúncios televisionados passam (PINHO, 2000, p.119).

Nesse sentido, a publicidade digital, para os fins de análise jurídica, nada mais é do que a publicidade comercial que utiliza como meio de comunicação o ambiente digital, como é o caso, a título exemplificativo, dos banners em sites e das publicações patrocinadas e impulsionadas em redes sociais.

Apesar da publicidade *latu sensu* e a digital possuírem características em comum, como a configuração de prática comercial, com fim econômico, que visa divulgar e comercializar produtos e/ou serviços, na prática de mercado é possível identificar também algumas diferenças, em que pese o conceito persistir o mesmo.

A publicidade digital pode ser estruturada de forma orgânica ou paga. No primeiro caso, ainda que seja possível a contratação de uma agência ou de profissional especializado, os anúncios são feitos sem que seja necessário pagar nenhum meio de comunicação para que sejam veiculados. É o caso das publicações em redes sociais que, sem nenhum custo, uma empresa pode criar uma conta na rede e criar postagens divulgando seus produtos e serviços. Por outro lado, quando a publicidade digital for paga, haverá o pagamento ao meio de comunicação, como nas publicações patrocinadas e impulsionadas nas redes sociais.

Além disso, a publicidade digital também pode ser classificada em paga, própria e conquistada. A primeira é a mesma citada acima. A própria é a realizada em perfis, páginas e website de propriedade do fornecedor. Já a conquistada é fruto da atividade gerada pelos usuários por meio de curtidas, comentários, visualizações e menções, que impulsionam e difundem a mensagem dentro das redes sociais e plataformas de busca. Apesar da existência dessa subdivisão, um canal pode englobar as três modalidades de mídia, assim como a mensagem pode ser veiculada por meio deles simultaneamente, que é o que pode ocorrer nas redes sociais. (NUNES, 2018, p. 37-38)

O potencial de exploração econômico das redes sociais, também chamado de “monetização”, não passou despercebido pelos desenvolvedores das redes e seus usuários.

Atualmente, gigantes do mercado, como o Facebook, já integraram em suas plataformas a opção de patrocinar e/ou impulsionar publicações, facilitando assim a prática publicitária para os negócios de todos os tamanhos e indicando de forma expressa para os usuários-consumidores quando a publicação é “patrocinada”.

Os usuários, também atentos a esse potencial, começaram a explorar a rede comercialmente, seja pela venda de produtos e oferta de serviços ou por meio da “influência digital”, onde divulgam marcas, produtos e serviços para a sua audiência de seguidores. No caso desses influenciadores digitais, que trabalham diretamente com a atividade de cunho publicitário, surgiram diversas questões jurídicas relevantes no âmbito da responsabilidade civil e da proteção do consumidor.

Com isso, o ambiente digital, com destaque às redes sociais, que são objeto do presente estudo, se tornou propício não só para a comunicação publicitária, mas também para a sua prática de forma ilícita, sem a observância das normas e princípios que tutelam as relações de consumo.

Assim, como será demonstrado, para que a publicidade digital seja considerada lícita, não é suficiente a mera indicação de que se trata de uma publicação patrocinada, sendo relevante, na ótica da proteção do consumidor, que o usuário possa de fato reconhecer e compreender que a mensagem anunciada não é meramente informativa, mas que possui um interesse econômico direto por detrás (PASQUALOTTO, 1997, p. 86).

3 TRATAMENTO NORMATIVO DA PUBLICIDADE E A PUBLICIDADE FURTIVA

A tutela jurídica da publicidade tem seu fundamento inicial, no ordenamento jurídico vigente, na Constituição Federal de 1988, a qual estabelece em seu artigo 170 que a ordem econômica nacional está fundada na livre iniciativa e deve observar a livre concorrência. Assim, pode ser compreendida como efetivo direito do fornecedor, ainda que no âmbito da relação de consumo (FINKELSTEIN, 2011, p. 236-237).

Na esfera constitucional, há ainda o princípio da liberdade de expressão (artigos 5º, IX, e 220, CF) que, segundo parte da doutrina, também assegura a liberdade de fazer publicidade (DIAS, 2018, p. 41), por resguardar a livre comunicação sem qualquer controle ou censura (VEDOVATO, MENEZES, 2015, p. 82).

Todavia, tendo em vista que a publicidade se trata de comunicação comercial, estando mais próxima da ordem econômica do que do escopo de manifestações e direitos individuais,

é possível afirmar que o seu *locus* constitucional reside na livre iniciativa, sem prejuízo da comunicação com outros princípios e garantias da Constituição, inclusive a própria liberdade de expressão (BARROS, 2015, p.141).

Isto posto, a livre iniciativa associada à publicidade não é ilimitada, tendo em vista a necessidade de compatibilização dessa liberdade com a livre concorrência, o que inclui a concorrência leal, e a proteção do consumidor. Nesse sentido, a comunicação publicitária é passível de controle estatal, privado ou misto (SILVA, POLETTO, 2009, p. 397).

O controle estatal é realizado pelo Estado com edição de normas para regulação e fiscalização da atividade. A forma privada é realizada por meio da autorregulamentação pelos agentes do mercado. E o sistema de controle misto, que é o adotado pelo Brasil, é quando o controle é exercido tanto pelo Estado quanto pelos agentes de mercado. (DIAS, 2018, p. 49)

3.1 TRATAMENTO CONSUMERISTA DA PUBLICIDADE

O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8078 de 11 de setembro de 1990, instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o microsistema de defesa do consumidor, composto por um conjunto de normas e princípios que se propõem a regular a relação de consumo. Além disso, considerado o interesse social e a vulnerabilidade do consumidor, a legislação consumerista é lei de ordem pública (artigo 1º, *caput*, do CDC), portanto, é norma cogente, não podendo ser derogada pela vontade das partes.

Tendo em vista o objetivo do citado código e o fato de que este reconhece expressamente a relação de consumo no âmbito da comunicação publicitária, o legislador debruçou tratamento exclusivo sobre essa prática comercial na Seção III do Capítulo V do Código de Defesa do Consumidor, bem como na Seção II do mesmo capítulo.

Todavia, assim como o fez com relação a definição de relação de consumo, o legislador não estabeleceu conceito fechado do que seria publicidade para fins de aplicação do Código, razão pela qual no tópico 1.2 foi estabelecido o conceito adotado pela doutrina e jurisprudência. Ademais, além do enquadramento da publicidade enquanto prática comercial, com finalidade econômica, que busca persuadir o consumidor à compra ou desejo pela marca, se presentes os elementos essenciais de um contrato, ela também será considerada como oferta vinculante (FINKELSTEIN, 2011, p. 244).

Optou o legislador, portanto, em trazer diretrizes a serem observadas no exercício da comunicação publicitária, como a fácil identificação do caráter de publicidade, e conceituar as

práticas ilícitas repudiadas pelo ordenamento consumerista. Nos termos do artigo 37 do CDC, é proibida a publicidade enganosa ou abusiva.

A publicidade enganosa pode ser comissiva ou omissiva e se configura quando há comunicação inteira ou parcialmente falsa, ou capaz de induzir o consumidor em erro a respeito da “natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”, nos termos do §1º do artigo 37 do CDC.

Já a abusiva, disciplinada no §2º do referido artigo, é a publicidade com caráter discriminatório de qualquer natureza, “a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

As demais formas de publicidade, ou seja, aquelas que não são abusivas nem enganosas, não foram explicitamente regulamentadas pelo Código de Defesa do Consumidor, o que não implica, todavia, na impossibilidade de reconhecermos a existência de outras formas de publicidade e de tutelar a defesa do consumidor no âmbito delas, afinal, a comunicação publicitária é prática lícita. Além disso, não há impedimento de que uma das formas não expressamente regulamentadas possam, eventualmente, serem enquadradas como abusivas ou enganosas, passando a configurar prática ilícita.

Diante da ausência de regulamentação de diversas espécies de publicidade, o caráter principiológico da norma consumerista serve de direcionamento para a prática lícita dessa atividade comercial. Nesse sentido, merece destaque o princípio da identificação da mensagem publicitária, consagrado no artigo 36 do CDC, o qual estabelece que ela sempre deve ser de fácil e imediata identificação pelo consumidor, e o princípio da transparência da fundamentação da mensagem publicitária, presente no parágrafo único do referido artigo, que prescreve que toda mensagem deverá ser baseada em fatos reais (FINKELSTEIN, 2011, p. 239).

A luz do exposto, importa compreender a prática da publicidade furtiva (*stealth marketing*), também denominada de “simulada”, “clandestina”, “oculta”, “camuflada” e “escondida” (BOND, KIRSHENBAUM, 1998), enquanto uma das modalidades não regulamentadas. Este tipo de publicidade “tem a capacidade de ludibriar o consumidor no sentido de anular ou simplesmente dificultar sua capacidade de discernimento a respeito da condição de estar ou não sendo exposto a uma mensagem de natureza publicitária” (ALVES, 2020, p. 237).

Desta feita, a sua principal característica é a intenção deliberada de não ser identificado o seu caráter publicitário pelo consumidor (MASSO, 2009, p. 88). Além disso, a doutrina sobre a questão também reconhece como requisito que a publicidade furtiva seja realizada a troco de remuneração ou troca de vantagens (“scambio di vantaggi”) (DIAS, 2010, p. 211-212), ou seja, deve haver interesse econômico direto por parte de quem propaga a mensagem, como um influenciador digital ou articulista em blog.

O requisito do interesse econômico por parte de quem propaga a mensagem publicitária furtiva assegura a livre manifestação e a autonomia da vontade dos indivíduos, que também são resguardados pela Constituição, de modo que a emissão de uma simples opinião não implica em violação dos direitos do consumidor (SIMAS, 2018, p. 25) e, portanto, não atrai a tutela da legislação consumerista.

Isto posto, é possível afirmar que a publicidade furtiva deve ser considerada uma prática ilícita (MASSO, 2009, p. 92), pois, por um lado há a violação do princípio da identificação, como por outro há uma enganiosidade implícita, diante da sua aparente neutralidade a ser transmitida ao usuário, associada a intenção deliberada de ocultação de sua natureza publicitária, o que é capaz de comprometer o senso crítico do consumidor (ALVES, 2020, p. 239). Assim, necessária a incidência do artigo 37, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, por configurar hipótese de publicidade enganosa.

3.2 AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA E CONAR

Além do tratamento normativo dado pelo Código de Defesa do Consumidor, que se trata de forma de controle estatal, a publicidade também é controlada de forma privada pelos agentes do mercado por meio da autorregulamentação, que, no caso, é feita pelo CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária). (BLOCHTEIN, 2016, p. 33)

O CONAR surgiu no final da década de 1970 em substituição ao regime regulatório estatal, em meio a um processo de propagação e implementação do neoliberalismo econômico em âmbito mundial, idealizado na clássica obra de Friedrich Hayek, “O caminho da Servidão”, como resposta ao modelo intervencionista estatal. (BEZERRA, 2016, p. 135) No Brasil, contudo, o texto constitucional se mostrou garantista e assegurador de direitos individuais, coletivos e difusos, estabelecendo balizas e diretrizes ao desenvolvimento econômico nacional, não com o objetivo de limitá-lo, mas de que este atenda não só as necessidades do mercado, como também da justiça social, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal.

Nesse contexto, em 1978 foi aprovado o Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária, que consiste no conjunto de normas privadas de controle desta atividade comercial. Percebe-se, portanto, que este Código é anterior ao Código de Defesa do Consumidor de 1990, de modo que se entende que houve a recepção do modelo misto pela nova legislação. A recepção, contudo, não implica em ausência de dever de observância das normas consumeristas ou de qualquer outra lei estatal, tendo em vista que o controle privado está submetido, primeiramente, às normas e princípios estabelecidos por essas leis (CARISTINA, 2006, p. 120-121).

Ato contínuo, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, apesar de anterior, segue a mesma orientação dada pelo legislador consumerista no que diz respeito a princípios essenciais ao regulamento da publicidade, como o da identificação, em seu artigo 28, e o da ostensividade, em seu artigo 9º.

No âmbito do controle das espécies publicitárias específicas, o CONAR e a sua atuação normativa possuem uma vantagem frente ao legislador estatal, pois possuem domínio do conhecimento prático e técnico do mercado, além da maior celeridade no processo de edição normativa, o que permite a criação de diretrizes mais assertivas e específicas.

A publicidade furtiva, modalidade de publicidade não expressamente regulamentada pela legislação consumerista, encontra na autorregulamentação do CONAR tutela mais específica de sua execução. No referido Código do CONAR, dos seus artigos 28 ao 31, trata especificamente da identificação publicitária, norteando os limites a serem observados nesta atividade para que não se enquadre como “furtiva” e demonstrando a sua coerência com arcabouço principiológico do CDC.

Além disso, em 2021 o CONAR disponibilizou “Guia da Publicidade por Influenciadores Digitais”, que objetiva orientar a aplicação do Código de Autorregulamentação no conteúdo comercial em redes sociais, portanto, sendo também um importante regulamento da publicidade furtiva no Brasil (CONAR, 2021, p. 2).

No citado guia é estabelecida a diferença entre conteúdos com caráter de anúncio, atraindo a regulamentação do CONAR, daqueles que se trata de mera opinião, resguardados nos limites da liberdade de expressão. Para tanto, elenca três requisitos essenciais: “(i) divulgação de produto, serviço, causa ou outro sinal a ele associado; (ii) a compensação ou relação comercial, ainda que não financeira, com Anunciante e/ou Agência; e (iii) a ingerência por parte do Anunciante e/ou Agência sobre o conteúdo da mensagem (controle editorial na postagem do influenciador)” (CONAR, 2021, p. 3).

A divulgação é característica indispensável de qualquer mensagem publicitária, uma

vez que, como visto, o objetivo da publicidade é justamente o de divulgar produto, serviço ou marca. Em sequência, a necessidade de compensação ou de relação comercial demonstra o necessário interesse econômico por trás de divulgação, além da redação dada demonstrar compatibilidade com as práticas de mercado ao reconhecer que o referido interesse não contempla apenas contraprestações financeiras, se estendendo também para a troca de vantagens.

O Guia também estabelece um requisito específico para a publicidade veiculada por influenciador digital, que é um dos tipos de publicidade furtiva muito encontrado nas redes sociais, qual seja: o controle editorial por parte do anunciante e/ou agência. Esse requisito, porém, pode ser aplicado também a outras formas publicitárias furtivas, como a nativa, uma vez que é natural, dentro de uma relação comercial de divulgação, que haja um *briefing* estabelecendo as diretrizes da mensagem a ser veiculada, em que pesa seja conferida liberdade na sua execução.

Por fim, nos termos estabelecidos pelo CONAR, ainda que a mensagem não se configure como anúncio, “tal conteúdo submete-se ao princípio da transparência, ao direito à informação e tendo em conta que tal conexão ou benefício pode afetar o teor da mensagem, é necessária a menção da relação que originou a referência” (CONAR, 2021, p. 5). Há, portanto, um reforço da sintonia do controle privado da publicidade com o estatal.

4 DESAFIOS NA TUTELA DA PUBLICIDADE

A Constituição Federal, em seu artigo 170, estabelece os parâmetros e princípios da ordem econômica brasileira ao afirmar que esta ordem “tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observado o rol de princípios do inciso I ao IX, dentre os quais merece destaque, para os fins que se propõem esta pesquisa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, além da livre iniciativa, assegurada no *caput* do dispositivo constitucional. Reconhece, assim, o papel relevante da economia não só para o mercado em si, mas para o desenvolvimento e proteção de direitos individuais, coletivos e sociais,

Nesse sentido, a preocupação com as questões econômicas não se presta somente à proteção do mercado, que para muitos é um plano de importância secundário, mas também ao desenvolvimento de objetivos e desejos existenciais da população (VON HAYEK, 1990, p. 112). Em razão disso, os mecanismos reguladores, que estabelecem regras e instituições fiscalizatórias e assecuratórias de direitos, são essenciais para existência de uma efetiva

economia de mercado (ROSENFELD, 2010, p. 13), a qual, pelo que se depreende do texto constitucional, é a forma pensada para a ordem econômica brasileira.

Diante do modelo misto para controle da publicidade adotado pelo ordenamento brasileiro, surge o questionamento de qual modelo regulamentar é mais adequado à proteção do consumidor e fortalecimento da livre iniciativa e concorrência, os quais são assegurados constitucionalmente e considerados pilares da ordem econômica nacional, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal.

4.1 LIBERDADE COMO PRESSUPOSTO

A publicidade não é uma criação, no âmbito normativo, do direito consumerista, seu fundamento de validade e existência não reside no Código de Defesa do Consumidor, mas na livre iniciativa, possuindo, portanto, proteção constitucional enquanto atividade econômica. Em razão disso, o estudo da prática publicitária não deve se limitar ao que estabelece a legislação protetiva do consumidor, mas também contemplar o Código de Autorregulamentação Publicitária e as garantias constitucionais e infraconstitucionais que asseguram a livre iniciativa.

A liberdade, portanto, deve ser interpretada como pressuposto da atividade publicitária no Brasil. Como ensina Denis Lerrer Rosenfield, “a reprodução material da sociedade se faz pela vida econômica” e, em sendo a sociedade democrática, esse processo se dará pela livre escolha individual, desde as atividades profissionais até a organização empresarial (ROSENFELD, 2010, p. 46). A interpretação do conceito de liberdade individual, nesse contexto, pode ser compreendido como a ausência de restrição, proibição de certas condutas, e coerção, atuação estatal para compelir determinadas condutas (VON HAYEK, 1983, p. 33).

Dessa forma, a liberdade individual insculpida na livre iniciativa é essencial para que sejam asseguradas as outras dimensões da liberdade, de modo que, a violação a qualquer uma delas põem em risco as demais (ROSENFELD, 2010, p. 46). Como consequência, há um dever estatal não só de reconhecer o direito à livre iniciativa, mas de criar condições legais que permitam a viabilidade de exercício deste direito e de desenvolvimento da economia de mercado (VON HAYEK, 1983, p. 234).

Para que haja tanto o estímulo do mercado, quanto à proteção da livre iniciativa, que está diretamente relacionada à livre concorrência enquanto condição de viabilidade e sustentação da ordem econômica, se faz necessária a regulação. Mercados competitivos não prosperam sem a vigilância do público e do Estado, são as regras e a vigilância que coíbem

monopólios, viabilizam a competição e evitam intervenções estatais autoritárias (ROSENFELD, 2010, p. 15).

O controle repressivo e coercitivo depositado exclusivamente nas mãos do Estado, contudo, põem em risco tanto a livre iniciativa comercial quanto a de consumo, razão pela qual é importante a figura de um terceiro agente na dinâmica regulatória: o próprio mercado. Sua atuação é pautada nas ações praticadas pelos agentes econômicos e nas suas consequências, conferindo menor relevância às suas intenções, garantindo assim um equilíbrio nas relações e neutralidade no controle (ROSENFELD, 2010, p. 46-47).

A liberdade do exercício da atividade publicitária no Brasil demanda, portanto, regulação. Atualmente, conforme abordado no tópico anterior, a atividade regulatória é desempenhada tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada, o que de um ponto de vista teórico-formal se mostra algo positivo para o mercado, permitindo o equilíbrio de forças repressivas e coercitivas levando em consideração interesses sociais, estatais e privados. Como ensina Denis Lerrer Rosenfield, “o mercado competitivo, concorrencial, com regras claras, é uma condição de sociedades livres”(ROSENFELD, 2010, p. 15) e no Brasil identificamos um ordenamento aparentemente propício para o exercício dessas liberdades.

4.2 PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR COMO DEVER

Por força do texto constitucional, percebe-se que, no caso concreto, a livre iniciativa (art. 5º, XII e 170, caput) e a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII e 170, V) não podem ser tratados como direitos conflitantes ou que se repelem, mas, pelo contrário, como direitos complementares para o desenvolvimento econômico sustentável do país, prezando pela prosperidade da economia e pela dignidade dos indivíduos (ELIAS, 2008, p. 22).

A atividade econômica, portanto, não pode ser utilizada para prejudicar o consumidor, mas, pelo contrário, deve assegurar a sua proteção, conforme a dicção do artigo 170, *caput* e inciso V, da Constituição Federal. Nesse sentido, não é uma faculdade das empresas e das práticas comerciais, mas sua obrigação, considerar os seus impactos nas relações de consumo e evitar condutas que possam lesar os consumidores, sob pena de prática de ato ilícito, passível de responsabilidade administrativa, civil e até mesmo penal.

A publicidade não é exceção ao mandamento constitucional e por a comunicação publicitária implicar na configuração de relação de consumo, ela resguarda relação direta com o dever de observância e proteção do consumidor. No âmbito digital essa relação é ainda mais evidente e urgente, pois a publicidade furtiva é uma das estratégias mais utilizadas nesse

meio, em razão de os consumidores terem a tendência a confiar mais nas comunicações que acreditam não possuir natureza publicitária (MASSO, 2009, p. 89), o que representa um grande risco aos seus direitos e um agravamento da sua situação de vulnerabilidade.

A legislação consumerista, visando justamente a redução da situação de vulnerabilidade do consumidor perante os agentes econômicos do mercado, estabeleceu a presunção de culpa do fornecedor na veiculação de publicidade enganosa, cabendo a ele provar caso fortuito ou força maior para afastar a sua responsabilização, ou seja, não há preocupação quanto à vontade por trás da mensagem publicitária (dolo), mas tão somente a preocupação com o seu resultado lesivo ao consumidor. (MARQUES, BENJAMIN, MIRAGEM, 2019, p. 862)

Há, portanto, uma clara conexão entre o pensamento do legislador ao estabelecer a presunção de culpa do fornecedor e a dinâmica de autorregulamentação do mercado defendida por Rosenfield (2010, p. 46-47), que acreditava que o mercado no exercício de sua própria regulação tenderia a afastar a análise das intenções dos seus agentes e focar nas ações praticadas e suas consequências. O Código de Defesa do Consumidor, enquanto microsistema de proteção que irradia suas normas e princípios sob todo o ordenamento jurídico, direciona a atuação normativa do CONAR em um sentido que prestigia tanto a relação jurídica de consumo, quanto às necessidades do mercado.

A proteção do consumidor, diante de todo o exposto, pode ser apontada como um dever dos agentes econômicos do mercado brasileiro. Não se pretende, todavia, que esse dever inviabilize a sustentabilidade das empresas no mercado, até porque isso iria de encontro ao mercado fundado na livre iniciativa e concorrência idealizadas pela Constituição Federal.

A publicidade pode e deve, então, atender às suas pretensões comerciais de incutir no consumidor o desejo por certo produto, serviço ou marca, conduzindo-o até a decisão de compra. Entender em sentido contrário seria restringir de forma indevida a livre iniciativa e a prática de atividade considerada lícita pela legislação, o que impactaria diretamente o mercado publicitário, assim como todo o mercado de consumo, tendo em vista que a publicidade é um pilar fundamental para a movimentação das relações comerciais. Mas deve o fazer em atenção aos direitos do consumidor, sem furtividade ou enganosidade, oferecendo as ferramentas necessárias para uma decisão esclarecida e informada do usuário-consumidor.

4.3 PERSPECTIVAS

O mercado publicitário trabalha diretamente com o exercício da criatividade, sendo natural que a inovação e transformação façam parte do seu cotidiano, mas quando associamos a publicidade ao ambiente digital das redes sociais é ainda mais sensível a velocidade com que surgem novas tendências. Esse processo de rápida mutação dificulta a atividade do legislador de regulamentar essas novas práticas, demandando do aplicador do Direito um exercício interpretativo de adaptação das normas às novidades do mercado (VELÁZQUEZ GARDETA, 2014, p. 160).

É certo, contudo, que independente da regulamentação específica das novas espécies publicitárias ou dos novos contornos dados à antigas práticas, que é o caso da publicidade furtiva, que muito antes das redes sociais já era um estratégia adotado pelo mercado, o microssistema de proteção do consumidor, enquanto conjunto de normas principiológicas, traz diretrizes suficientes para nortear a interpretação do aplicador do Direito e a atividade normativa do CONAR, assim como para orientar os agentes econômicos inseridos na prática da publicidade.

É certo que, independentemente de previsão expressa do que seria a publicidade furtiva na legislação consumerista, o microssistema coíbe a prática de toda estratégia de dissimulação da publicidade que possa induzir o consumidor a erro na interpretação da mensagem veiculada, acreditando que a mesma não trata de conteúdo publicitário (ALVES, 2020, p. 249). O princípio da identificação publicitária é, portanto, suficiente para a identificação da comunicação furtiva e para o seu enquadramento enquanto publicidade enganosa, não sendo necessário e nem factível que o legislador estatal acompanhe todas as novas tendências e em tempo hábil, antes que caiam em desuso ou se renovem, as regulamente.

Além disso, por estarmos tratando da publicidade furtiva nas redes sociais, também deve ser observado o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), que, seguindo o espírito do texto constitucional, traz em seu artigo 2º os fundamentos do uso da internet no Brasil, colocando lado a lado, em seu inciso V, a livre iniciativa, livre concorrência e a defesa do consumidor. O que reforça, mais uma vez, o dever de observância da proteção do consumidor e todos os princípios e normas a ela associados.

A suficiência principiológica da legislação consumerista, por outro lado, não deve ser compreendida como suficiência normativa e de controle. Os princípios e definições norteadoras do Código de Defesa do Consumidor fornecem ao CONAR matéria prima para a sua atuação normativa, com diretrizes claras do que é considerado lesivo ao consumidor, o que, atrelado ao conhecimento da prática de mercado e a possibilidade de regulamentação

mais célere da iniciativa privada tornam a autorregulamentação uma alternativa atrativa para o mercado publicitário.

A autorregulamentação tende a ser mais próxima e assertiva ao identificar condutas que merecem controle, assim como ao estabelecer os critérios e parâmetros para sua identificação e adequação. Quando esse controle é feito de forma desconectada da realidade de mercado, as previsões e sanções podem desequilibrar a relação entre a livre iniciativa, livre concorrência e a defesa do consumidor, prejudicando não só um ramo do mercado (publicidade), como o mercado como um todo, tendo em vista que a grande maioria das empresas usam da publicidade para se posicionarem no mercado e alcançarem o seu público consumidor.

O forte controle estatal do mercado, usando de restrições e coerções pode até proteger o consumidor por um lado, mas, pelo outro, esse controle, quando excessivamente penoso aos agentes econômicos ou limitador das opções disponíveis no mercado de consumo, finda por desestimular as relações contratuais e o desaparecimento dessas relações implica no desaparecimento da própria liberdade de escolha (ROSENFELD, 2010, p. 14).

Ante todo exposto, entende-se que o tratamento da publicidade furtiva interessa mais a tutela administrativa e privada do que propriamente a tutela material do consumidor (SIMAS, SOUZA JÚNIOR, 2018, p. 28). Nesse sentido, a regulamentação publicitária nos moldes que se encontra: controle estatal normativo voltado para as bases principiológicas e de ilícitos penais, e controle privado direcionado para o tratamento de práticas específicas de mercado, é um modelo sustentável e que assegura a livre iniciativa, livre concorrência e proteção do consumidor, colaborando para o atingimento do ideal constitucional da ordem econômica brasileira.

Ressalva-se, contudo, a necessidade de uma atuação mais efetiva e direcionada do CONAR, que possui a vantagem estratégica de domínio das práticas de mercado e de processos normativos mais céleres, mas que ainda assim tem atuado de forma tímida ao regulamentar as novas formas de fazer publicidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A publicidade é prática inerente ao mercado de consumo: as empresas precisam divulgar os seus produtos, serviços e marcas, incentivando o consumo por parte de seus públicos alvo. Essa atividade de caráter comercial é assegurada pela Constituição Federal por meio da garantia de livre iniciativa e livre concorrência, que são alicerces da ordem

econômica brasileira.

Ao lado das citadas garantias, reside a defesa do consumidor, também assegurada constitucionalmente e igualmente compreendida enquanto parte essencial do desenvolvimento econômico. Além da tutela constitucional, este direito foi regulamentado por meio do Código de Defesa do Consumidor, que dedicou a Seção III do seu Capítulo V ao tratamento da publicidade.

Nesse sentido, a publicidade é compreendida como prática lícita, compondo o rol de direitos dos agentes econômicos, o que não implica dizer que se trata de uma liberdade ilimitada. Pelo contrário, o livre exercício da prática publicitária deve ser balizado pela proteção do consumidor, da livre concorrência e da livre iniciativa.

Dentre as diversas comunicações publicitárias existentes, o presente trabalho debruçou-se sob a publicidade furtiva nas redes sociais, que trata de prática onde é intencionalmente ocultado ou disfarçado o caráter publicitário da mensagem veiculada nas redes. A problemática em torno dela reside na baixa regulamentação desta prática específica sob o viés de proteção do consumidor, o que desperta a preocupação acerca da adequação do modelo de controle adotado pelo Brasil.

Em razão disso, foi analisado o tratamento normativo dado à publicidade tanto pelo controle estatal, por meio principalmente do Código de Defesa do Consumidor, e o dado pelo controle privado via CONAR, consubstanciado no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e normas e diretivas esparsas, como Guia da Publicidade por Influenciadores Digitais divulgado em 2021.

O estudo do tratamento normativo e dos princípios constitucionais em questão permitiram identificar duas premissas norteadoras da publicidade: a liberdade como pressuposto e a proteção do consumidor como dever. A primeira implica dizer que a liberdade de exercício desta prática deve ser assegurada como condição fundamental para o livre mercado. A segunda estabelece que ainda que a liberdade deva ser assegurada, esta não deve ser ilimitada.

Por fim, conclui-se no sentido de que o modelo misto brasileiro, em que há controle estatal e privado simultaneamente, se mostra adequado aos objetivos constitucionais para a ordem econômica nacional, sendo necessária, contudo, uma atuação mais assertiva do CONAR na regulamentação das espécies publicitárias, principalmente no âmbito das redes sociais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fabrício Germano. **Direito publicitário**: proteção do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão. **Contratos eletrônicos**: a boa-fé objetiva e a autonomia da vontade. Curitiba: Juruá, 2012.

BARROS, Suzana de Toledo. Reflexões sobre os contornos da proteção da liberdade de expressão: nela se inclui a publicidade comercial? In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). **Publicidade de tabaco**. São Paulo: Atlas, 2015.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BEZERRA, Glícia Maria Pontes. **Liberdade de expressão comercial**: autorregulamentação como estratégia corporativa do setor publicitário. Recife: Ufpe, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/14071>. Acesso em: 20 out. 2021.

BLOCHTEIN, Caroline Ledermann. **A proteção do consumidor frente à publicidade dissimulada em blogs e redes sociais**. 2016. 62 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/157221>. Acesso em: 13 out. 2021.

BOND, Jonathan; KIRSHENBAUM, Richard. **Under the radar**: talking to today's cynical consumer. New York: John Wiley & Sons. 1998.

BRASIL. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**, de 05 de maio de 1980. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

CARISTINA, Jean Eduardo Aguiar. Os modelos jurídicos na auto-regulação econômica. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 5, p. 113-131, 2006. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/download/605/567>. Acesso em: 21 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CONAR). **Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais**. S.l. 2021. Disponível em: http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf. Acesso em: 15 out. 2021.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Critérios para avaliação da ilicitude na publicidade**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2010. Disponível em https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-16082011-160021/publico/Tese_Doutorado_Lucia_A_L_M_Dias_04_02_2010.pdf. Acesso em 15 out. 2021.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ELIAS, Paulo Sá. **Comentário sobre a Teoria Geral dos Contratos no Brasil**: Fragmento do livro *Contratos Eletrônicos e a Formação do Vínculo*, 2008, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2341430>. Acesso em: 25 out. 2021.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Direito do Comércio Eletrônico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FURTADO, Gabriel Rocha; ALMEIDA JÚNIOR, Vítor de Azevedo. **A tutela do consumidor e o comércio eletrônico coletivo**. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (coord.). *Direito digital: direito privado e internet*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

GONÇALEZ, Márcio Carbaca. **Publicidade e propaganda**. Curitiba: IESDE Brasil, 2012.

LARENTIS, Fabiano. **Comportamento do consumidor e marketing de relacionamento**. Curitiba: IESDE Brasil, 2019. p. 15.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MASSO, Fabiano Del. **Direito do consumidor e publicidade clandestina**: uma análise jurídica da linguagem publicitária. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MODENESI, Pedro. **Contratos eletrônicos de consumo**: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (coord.). *Direito digital: direito privado e internet*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

NUNES, Maria Patrícia Burnay de Mendonça de Sampaio. **A publicidade nativa como forma de prevenir o fenómeno de *banner blindness* nos media sociais**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências da Comunicação, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/27054>. Acesso em: 13 out. 2021.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Publicidade comercial**: proteção e limites na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PINHO, José Benedito. **Publicidade e vendas na internet**: técnicas e estratégias. São Paulo: Summus Editorial, 2000.

ROSENFELD, Denis Lerrer. **Justiça, democracia e capitalismo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. Responsabilidade civil pela publicidade. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (org.), **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2009,

SIMAS, Danielle Costa de Souza; SOUZA JÚNIOR, Albefredo Melo de. Sociedade em rede: os influencers digitais e a publicidade oculta nas redes sociais. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**. Salvador, v. 4, n. 1, p. 17-32, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/5a7b/5db5f1cc46ca3659ebef8a19325fe31ceb82.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.

VANCIN, Adriano Roberto. MATIOLI, Jefferson Luiz. **Direito & internet: contrato eletrônico e responsabilidade civil na web**. 2. ed. Franca: Lemos & Cruz, 2014.

VEDOVATO, Luís Renato; MENEZES, Daniel Francisco Nagao. Liberdade de expressão e livre iniciativa – diferenças sensíveis. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). **Publicidade de tabaco**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 82

VELÁZQUEZ GARDETA, Juan Manuel. La protección del consumidor en el marco de las relaciones de consumo online. Un estudio de la jurisprudencia más reciente. *In*: XAVIER, Yanko Marcius de Alencar *et al.* (org.). **Perspectivas atuais do Direito do Consumidor no Brasil e na Europa**. Natal: Edufrn, 2014. n. 1. v. 2.

VON HAYEK, Friedrich August. **O caminho da servidão**. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. Ebook.

VON HAYEK, Friedrich August. **Os fundamentos da liberdade**. S.L: Visão, 1983. Ebook.