

A atipicidade dos contratos com *influencers* e o Código Civil de 2002

VIVIAN BUONALUMI TÁCITO YUGAR¹

Sumário: Introdução. 1. A teoria das relações contratuais fáticas. 2. A evolução das relações contratuais com escopo publicitário. 3. A relação contratual entre *influencer* e agência. 4. Atipicidade contratual. 5. Elementos típicos de contrato de agência entre *influencer* e agência. 6. Os elementos próprios aos contratos publicitários. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Presente trabalho tem como escopo a análise das relações contratuais com *influencers*, como instrumento negocial atípico. Estabelece-se como premissa que os *influencers* são sujeitos com *perfis em redes sociais*, consistentes em endereços eletrônicos atualizados com frequência por meio de artigos (*posts*) – integrados por textos, imagens ou *links* – organizados, de modo que as publicações mais recentes se encontram no topo da página. Em cada *post*, os leitores podem deixar comentários acerca do conteúdo publicado, gerando uma troca interativa – e pública.

Precipuamente gratuito e de cunho pessoal, os perfis em redes sociais constituem espaço interativo de cunho opinativo, em que o seu dono (*influencer*) trata de temas de seu interesse e experiência, tais como: política, negócios, moda, saúde, viagens, restaurantes etc.

Observou-se que o produto ou serviço mencionado poderia ser introduzido e aceito, gradual e positivamente, no mercado, a partir desta estratégia (de baixo custo), transformando esse leitor em potencial contratante. Assim, com o interesse em anunciar em perfis de redes sociais, a empresa ou a agência de publicidade que o representa passou a procurar o *influencer* que atendesse ao seu perfil.

Este artigo enunciará a variedade de relações e sujeitos que comumente contratam o *influencer*. Para fins metodológicos, este trabalho cuidou de delimitar o objeto de estudo à análise da relação contratual entre *influencer* e agência de publicidade, cuja atipicidade encontra espaço ainda maior com o Código Civil (CC) de 2002. Inclusive, as relações que a agência de publicidade e *influencer* podem vir a ter são de tal modo sutil, que a delimitação do que é de fato cortesia ou verdadeira relação contratual é de sutil constatação. Algumas relações entre *influencer* e agência de publicidade reincidem, porém, de tal forma, que, em análise mais acurada, serão consideradas como relações contratuais de conteúdo preestabelecido. Outras, porém, aliadas à reincidência, vieram a instrumentalizar-se em contratos onerosos. Este último caso foi o objeto central de análise deste trabalho: as relações entre agência de publicidade e *influencer* que têm como fundamento um contrato *instrumentalizado* entre as partes: o surgimento da relação contratual entre empresa e *influencer* intermediada por agência de publicidade.

A contratação de um determinado *influencer* para se veicular anúncio em seu *perfil* integra a estratégia de *marketing* do anunciante, conforme o público-alvo e a forma com que se pretende

1 Juíza de Direito Substituta do Tribunal de Justiça do Estado do Acre (TJAC). Graduada pela Universidade de São Paulo (USP), com extensão pela Universidade de Gênova (UNIGE, Itália).

atingi-lo. No caso de empresas de médio e grande porte, em regra, a empresa contrata uma agência publicitária, a quem incumbirá criar, produzir e executar a publicidade de certo produto ou serviço da empresa respectiva.

Uma vez aprovado pela contratante o planejamento estratégico traçado pela agência publicitária, para veiculação de produto ou serviço em um determinado *perfil*, a agência contactará o *influencervisado*.

Com a intermediação de tais agências, *influencer* e anunciante são, então, introduzidos. Ainda que indiretamente, tem-se, de um lado, a figura do contratante apresentando o produto ou serviço que pretende divulgar e, de outro, a figura do *influencer* como sujeito e proprietário de uma plataforma para divulgação.

Quando do início da utilização de *perfis* como plataforma negocial (e, ainda hoje, nos casos de divulgação em *perfis* de menor visibilidade), a relação que se estabelecia entre agência de publicidade e *influencer* normalmente se desenvolvia de modo sutil. Firmava-se uma relação de caráter verbal, por meio da qual a agência de publicidade punha à disposição do *influencer* (ou mesmo lhe fornecia) o uso de produtos ou serviços da contratante – como se cortesia fosse.

Em contrapartida, o *influencer*, com o argumento de tê-lo experimentado e aprovado, sob a forma de discurso aparentemente neutro e desinteressado, divulgava-o em seu *perfil*. Conforme o impacto e o retorno das vendas do produto ou serviço, a partir desse primeiro anúncio, naturalmente tendia-se a reiterar o estabelecimento de tais relações.

Em outras palavras, as relações travadas com o *influencer* não são homogêneas, tampouco necessariamente onerosas. Apresentam diversidade de grau. Podem consistir em mera cortesia (atraindo a *ratio* do art. 736, CC), como podem também consistir em relação contratual originada a partir de cortesia.

Do ponto de vista jurídico, a problemática dessas relações, de fato, ganha relevo por poderem ser consideradas estabelecidas, sem que fosse *manifestada* uma declaração de vontade negocial, para que configurassem propriamente relações contratuais. A questão, porém, é mais comum do que se imagina, já que integra o contexto empresarial moderno, em que as mercadorias circulam em massa.

Assim, como forma de tentar adequar ao sistema jurídico a incidência de tais relações, já no início do século XX deu-se início ao desenvolvimento da teoria das relações contratuais fáticas, tendo-se como maiores expoentes Günter Haupt e Karl Larenz.

1. A TEORIA DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS FÁTICAS

Em 1941, o jurista alemão Günter Haupt contesta as formas clássicas de contratação e concebe a doutrina das relações contratuais de fato. A razão de ser da teoria das relações contratuais fáticas tem origem no surgimento de uma economia massificada, no final do século XIX e início do século XX. Seus principais precursores foram E. Ehrlich (apud HIRATA, 2011, p. 12-13)² e A. Von Tuhr (apud HIRATA,

2 Assim como G. Haupt, a teoria de E. Ehrlich entende que a declaração de vontade negocial não é a única forma capaz de criar relações contratuais ou contrair obrigações. Para E. Ehrlich, a *real aceitação* de prestações oferecidas também constitui fonte de efeitos jurídicos de natureza contratual. Entretanto, a *real aceitação* não se confunde com uma declaração de vontade, seja expressa ou tácita. Tem-se a geração de efeitos, por meio de um elemento fático, em detrimento da formação de um negócio jurídico (EHRlich, Eugen. *Die stillschweigende Willenserklärung*, Berlin, 1983, apud HIRATA, Alessandro. *Relações contratuais fáticas*. 2011, 153 f. Tese (Concurso para Professor Titular, junto ao Departamento de Direito Civil, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 12. Para Ehrlich, então, “[...] a declaração de vontade com caráter de negócio jurídico é irrelevante, uma vez que basta uma vontade demonstrada faticamente, que compreenda conhecimento e consciência de que o ofertante espera uma contraprestação àquela por ele oferecida [...]. Vale lembrar, entretanto, que a teoria do autor não alcança os mesmos resultados de G. Haupt, que, como será posteriormente explicitado, liberta-se de qualquer elemento do negócio jurídico. Para E. Ehrlich, é sempre necessária a presença de uma oferta de negócio jurídico, que será aceita de modo fático” (apud HIRATA, idem, *ibidem*, p. 12-13).

2011, p. 14-15)³, os quais defenderam a concepção de relações contratuais fáticas baseadas na *real aceitação* e na categoria dos *quase contratos*, respectivamente.

Para G. Haupt, com a circulação de bens em massa, a concepção de contrato centrada na declaração de vontade seria insuficiente para abranger a totalidade do fenômeno contratual. Na economia moderna seria uma necessidade que tais prestações fossem transformadas em operações mecânicas. Enuncia, assim, três tipos de relações contratuais fáticas:

- a. Relações contratuais fáticas por meio de contato social;
- b. Relações contratuais fáticas por meio da inserção em uma relação comunitária; e
- c. Relações contratuais fáticas por meio da obrigação de prestação social.

Relações contratuais tradicionais e relações de fato pertenceriam ambas à categoria dos contratos, diferenciando-se, porém, quanto a sua forma de conclusão. Aquela pela declaração de vontade negocial; esta, pela efetivação de elementos fáticos.

Em outras palavras, uma relação contratual poderia ser originada por um negócio jurídico ou não. A ambas as categorias seriam aplicadas as normas jurídicas contratuais; contudo, no caso das relações contratuais fáticas, conforme avaliação concreta do caso concreto⁴.

A teoria de G. Haupt concebe a formação da relação contratual de fato, mediante a simples efetivação de elementos fáticos, dispensando-se a troca de declarações de vontade. Com isso, tencionava modificar dois elementos balizadores da teoria contratual clássica: 1) A necessidade de declaração de vontade negocial, para a conclusão do contrato, o que consubstancia os princípios da liberdade de contratar e da autonomia privada; e 2) A inclusão de nova fonte de obrigações: o elemento fático.

A partir disso, evidencia-se uma das problemáticas desta doutrina, que foi alvo de muitas críticas: a teoria das relações fáticas de Haupt distancia-se da liberdade contratual e a autonomia privada, como fatores geradores do contrato, circunstâncias que o legislador do Código Civil de 2002 não dispensou (art. 421).

Por fim, pode-se dizer que Haupt defende um direito contratual afastado do formalismo e do legalismo, dando lugar à finalidade da situação de fato, à sua adequação e à justiça.

Karl Larenz (apud HIRATA, 2011, p. 47), por sua vez, desenvolve a mais importante teoria complementar sobre as relações contratuais fáticas, introduzindo a noção de “comportamento social típico”. O surgimento de relações contratuais fáticas dever-se-ia, não ao elemento fático propriamente (e, assim, concludente ou não), senão à reação social típica à oferta (tipicidade social), “[...] tomando-se, assim, uma fonte de obrigação”.

Para tanto, desenvolve seu posicionamento a partir da hipótese de transporte em bondes: um homem entra em um bonde bastante cheio, e o cobrador só se dá conta de sua presença quando o passageiro irá descer do bonde:

3 A. Von Tuhr também “[...] não segue a tradicional concepção de conclusão do contrato’. Para o autor, a aceitação fática da prestação oferecida é o elemento que gera a ocorrência de efeitos jurídicos de direito contratual. Por outro lado, percebe-se que A. Von Tuhr utiliza a mesma classificação do direito das obrigações dos pandectistas do século XIX. Uma relação que gera efeitos contratuais a partir de um elemento fático deve ser vista como um quase contrato, uma vez que, ausente o consenso, há o acordo de vontades de um negócio jurídico. [...] A mesma importância do elemento fático para A. V. Tuhr mostra a relativização do conceito de contrato, no tocante a sua conclusão, na mesma direção da posterior teoria das relações contratuais de fato”. (TUHR, Andreas Von. *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*: II. 1, München-Leipzig, 1914, apud HIRATA, Alessandro, idem, ibidem, p. 14-15).

4 Cf. HIRATA, Alessandro, idem, ibidem, p. 33.

Somente quando, chegando a seu destino, deseja deixar o veículo, é que o cobrador lhe exige o pagamento do valor da passagem. O homem replica: ele não concluiu nenhum contrato de transporte até agora, e, no momento, não pensa mais em celebrar contrato nenhum, já que deseja descer do bonde (LARENZ, 2006, p. 51).

Desse modo, o comportamento social típico do agente é que gera a aplicação das regras jurídicas válidas à relação contratual correspondente, independentemente de declaração de vontade, por meio do recebimento de fato da prestação, obrigando-o à contraprestação.

Diferentemente de G. Haupt, K. Larenz sustenta que o reconhecimento das relações obrigacionais oriundas de comportamento social típico “[...] exige uma ampliação de nosso sistema, mas não contradiz os princípios fundamentais da autonomia da vontade”⁵. A teoria de K. Larenz é aprimorada em 1967, ao enfrentar a questão de se a oferta da prestação era feita por uma declaração de vontade ou não. Entende, nesse sentido, que tratar-se-ia de uma conclusão contratual diferenciada, por meio de um comportamento social típico⁶.

No âmbito da doutrina brasileira, o desenvolvimento do tema das relações contratuais fáticas é ainda incipiente, não havendo unanimidade a respeito, ainda que o legislador de 2002 tenha aderido à funcionalização do Direito, no art. 422, CC.

Pontes de Miranda tratava do tema a partir do próprio conceito de manifestação de vontade. Para o autor, o comportamento social típico seria verdadeira manifestação de vontade, do mesmo modo que o Direito conhece as manifestações expressas e tácitas. Estar-se-ia diante de uma manifestação de vontade como tantas outras.

Para Pontes de Miranda,

[...] a afirmação de o moderno tráfico em massa implicar que se assumam deveres e obrigações, sem que se tenha querido manifestar vontade, é falsa. O sistema jurídico, além de conhecer as manifestações de vontade, conhece as manifestações pelo silêncio e as que resultam de atos alheios, se para esses atos concorreu a ação ou omissão de alguém (2012, p. 103).

A peculiaridade reside no fato de que o conteúdo da manifestação de vontade foi preestabelecido, contendo, logo, a mesma eficácia de negócio jurídico típico⁷.

5 LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Trad. Alessandro Hirata. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 1, jan.-jun. 2006.

6 Assim como G. Haupt, “[...] a teoria de K. Larenz também enfrentou resistência pela doutrina alemã, não se transformando em doutrina dominante, apesar de sua maior aceitação. Na verdade, o próprio autor rejeita a sua própria teoria, abandonando a partir da 7. edição, de 1989, de seu tratado de direito civil, a teoria das relações contratuais fáticas por meio de comportamento social típico” (apud HIRATA, Alessandro, op. cit., p. 53).

7 “Não basta frisar-se que se precisa de atenuar a ortodoxia do princípio da manifestação da vontade [...] nem discorrer sobre a necessidade de se adaptar o direito à realidade [...]. [Porém], não se pode dizer que o ato de entrar no ônibus, ou no bonde, ou de se ter de pagar o preço seja manifestação de vontade. O que se passa é que quase todo o conteúdo da manifestação de vontade *já estava preestabelecido*, e não se pode deixar de ver na vinculação ou no direito a ser transportado eficácia de negócio jurídico típico. A manifestação de vontade supõe autonomia da vontade, autorregramento, mas o que se considera autonomia não é sempre o mesmo. Além das exigências de forma, há as exigências de conteúdo e, às vezes, a predeterminação de quase todo o conteúdo” (MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 102-103).

Clóvis V. do Couto e Silva (2006, p. 78) trata o tema das relações contratuais fáticas, concebendo-as como resultado do dinamismo social. De um lado, tem-se o sistema jurídico sujeito a extenso processo legislativo, e, de outro, a realidade social que continuamente se modifica.

Desse modo, para Couto e Silva, é natural que, em uma economia de massa, as concepções da teoria contratual clássica, pautadas na declaração de vontade, passem, a partir de certo momento, a ser insuficientes para fundamentar o nascimento de obrigações. É dentro desse contexto que ganha relevo a abertura para a atipicidade contratual do art. 425, CC.

Diversamente do modo mecânico com que G. Haupt defende a entrada das relações fáticas para o mundo jurídico como contrato, pela constatação de elementos de fato, faz-se mais adequado, inclusive pelas premissas de justiça defendidas pelo próprio G. Haupt, a concepção da relação contratual, tal como defendida por Pontes de Miranda, isto é, sem afastar-se do princípio da liberdade contratual.

A manifestação da vontade de contratar, bem como a autonomia privada, continuam preservadas em tais tipos de relações, ainda que se trate de modo implícito de exteriorização para efeitos jurídicos. Nesse sentido, é a teoria italiana da autorresponsabilidade, segundo a qual a declaração cria expectativa para os que a recebem, inclusive sobre terceiros (FERRARA, 2011, p. 75).

Ao se transpor a temática das relações contratuais fáticas para os perfis em redes sociais, observam-se circunstâncias semelhantes às de que cuidou a doutrina, conforme se vê da hipótese de partida proposta por K. Larenz.

Tem-se, de um lado, a oferta de prestação pela agência publicitária, consubstanciada em colocar à disposição do *influencer* o uso do produto ou serviço do anunciante, com fins eminentemente empresariais. De outro, tem-se o comportamento do *influencer* como se tivesse se manifestado positivamente à oferta, ao divulgá-lo em seu *perfil*. Ainda que se anuncie o produto ou serviço, sob o argumento de tê-lo experimentado e aprovado, trata-se de manifestação de vontade implícita e com conteúdo preestabelecido, qual seja, o comportamento de divulgar.

Por fim, ao tratar do tema, Adalberto Pasqualotto ressalta a necessidade de se proteger o consentimento dos consumidores da contratação, na fase pré-negocial. Para este jurista,

[...] a publicidade tomou-se ato típico da sociedade massificada, conduzindo o consumidor ao momento culminante da contratação. O direito não pode tratá-la ingenuamente, condicionando a sua eficácia a requisitos formais ou tomando-a em consideração apenas quando consumada a sua finalidade. Os efeitos obrigacionais para o anunciante devem decorrer objetivamente do fato do anúncio, independentemente do seu resultado efetivo, porque a mensagem negocial visa justamente persuadir o público-alvo, muitas vezes em detrimento dos seus legítimos interesses (PASQUALOTTO, 1997, p. 58).

2. A EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS COM ESCOPO PUBLICITÁRIO

Apesar de tais relações se iniciarem sutilmente, conforme o retorno nas vendas, agência de publicidade e *influencer* decidem por instrumentalizar a relação contratual com escopo publicitário, sob a forma de contratos escritos e onerosos, cujo conteúdo, diferentemente de outrora, é negociado cláusula a cláusula.

Atualmente, existem *perfis* que atingiram tamanha visibilidade e impacto no mercado, que o anúncio de um produto ou serviço em suas plataformas dá-se apenas diretamente na forma de contratos escritos e onerosos. E, assim como sucede nas relações contratuais tradicionais, à relação entre a agência de publicidade e o *influencer* precede intensa fase pré-contratual.

As tratativas iniciais consistem na apresentação da visibilidade e do histórico de atuação do *perfil da rede social* no mercado, consubstanciado no chamado “mídia-kit”. A partir da valoração da agência de publicidade a respeito do potencial publicitário de determinado *perfil*, seguem-se as tratativas a respeito das estratégias de anúncio do produto ou serviço naquela plataforma.

A despeito de haver diferentes circunstâncias que levam à instrumentalização do contrato com escopo publicitário, isto é, quer seja como consequência de evolução das relações contratuais de conteúdo preestabelecido, quer seja por se tratar de *perfil* consolidado no mercado, tais contratos sujeitam-se ao mesmo regime jurídico do art. 425, CC. A seguir, então, serão analisadas as peculiaridades dessa relação contratual.

3. A RELAÇÃO CONTRATUAL ENTRE INFLUENCER E AGÊNCIA

Embora o Direito brasileiro admita a contratação sob a modalidade verbal (art. 107, CC), a instrumentalização das relações contratuais, sob a forma escrita, entre *influencer* e agência, proporciona maior certeza e segurança jurídica acerca dos direitos e deveres de cada uma das partes.

O objeto contratual de tais relações consiste na divulgação, em um determinado *perfil* de rede social, de produto ou serviço fornecido ou colocado à disposição de uso do *influencer*. Para tanto, a agência de publicidade contratada pelo anunciante subcontrata o *influencer*, de acordo com a estratégia de *marketing* traçada. Concluídas as negociações, de um lado, ao *influencer* incumbe a prestação de publicar o produto ou serviço do anunciante em seu *perfil* (v.g. Instagram e Facebook), conforme o quanto acordado. De outro, à agência publicitária incumbe o pagamento de contraprestação pela divulgação realizada – sob a forma pecuniária e/ou de dação em pagamento.

Uma análise superficial sobre o tema poderia levar à subsunção automática da relação entre *influencer* e agência de publicidade à categoria de contratos publicitários de caráter empresarial. Entretanto, análise mais detida sobre o tema permite concluir a existência, ainda, de elementos atinentes a outro tipo contratual, configurando-se, em realidade, modalidade de contrato atípico. À vista disso, passar-se-á ao estudo dos elementos peculiares a tais relações, para então identificar-lhes os regimes jurídicos aplicáveis.

4. ATIPICIDADE CONTRATUAL

Apesar de a divulgação do produto ou serviço, condicionada à contraprestação, consistir em espécie difundida de contratação (contratos publicitários), os contratos entre *influencer* e agência de publicidade contêm a peculiaridade de introduzir elementos novos e outros típicos, quais sejam, aqueles atinentes aos contratos de agência e comissão (art. 693 e ss., CC).

O *influencer* não apenas promove a divulgação de produtos ou serviços. Além disso (e nisto consistem os elementos inovadores), sua publicação e seu discurso aproximam consumidor e empresa, intermediando a celebração de contratos de compra e venda, razão esta que justifica o pagamento de uma segunda remuneração (além daquela oriunda da divulgação no *perfil*).

A confiança depositada sobre a figura do *influencer* e o seu potencial de fixação do produto ou serviço, na memória do consumidor, confere caráter personalíssimo à sua contratação. Para fins contratuais, é dizer que a escolha do *influencer* que promoverá o produto ou serviço influencia diretamente no impacto do investimento publicitário, no mercado consumidor, bem como no resultado de suas vendas.

Esta característica de associação do produto ou serviço à imagem de quem o divulga não é inédita. Principalmente a partir da metade do século XX, ao lado da função informativa, a publicidade passa a ter como finalidade “[...] despertar o interesse pela coisa anunciada, criar prestígio ao nome ou à marca do anunciante ou, ainda, difundir certo estilo de vida” (DIAS, 2013, p. 18), sendo

hipótese mais eloquente a publicidade veiculada por celebridades. Estas, porém, diferentemente dos *influencers*, recebem remuneração, tão só em razão da divulgação do produto ou serviço, e não, também, a partir do retorno das vendas pelo anúncio (recebimento de comissão).

Com os *perfis* de redes sociais, a finalidade de difusão de certo estilo de vida é (re)inventada. Os sujeitos em questão são pessoas comuns, com quem o consumidor cria laços (aparentes) de intimidade e proximidade, por meio de suas plataformas digitais. Em outras palavras, a associação de um produto ou serviço ao *influencer* que o anuncia tem impactos contratuais relevantes, visto que, além de apresentar um determinado estilo de vida, ao conteúdo veiculado em perfis, são atribuídas credibilidade e confiança pelo próprio público leitor.

Em termos jurídicos, esta forma de contato social não se subsume integralmente em nenhum dos tipos contratuais positivados, de modo que consistem em contratações atípicas. A liberdade de estipulação de contratos atípicos é consagrada no art. 425, CC, o qual prescreve ser lícito às partes estipularem contratos atípicos, observadas as normas gerais do Código Civil/2002, e advém do princípio clássico da liberdade contratual.

Ao tratar do art. 1.322, C. 2, do Código Civil Italiano, Enzo Roppo afirma que

[...] os sujeitos de direito não estão obrigados a revestir as operações econômicas que efetuam, apenas com os tipos contratuais previstos e disciplinados expressamente pelo legislador, sendo, ao invés, livres de utilizar para a sua realização, esquemas contratuais não correspondentes aos tipos definidos e qualificados, em sede legislativa (chamados por esta razão contratos atípicos, ou inominados). Por sua vez, estes podem corresponder a uma praxe social largamente difundida e experimentada (tipos sociais), ou podem também apresentar características de absoluta novidade ou originalidade⁸ (2009, p. 136).

Nesta última hipótese, reside o caso dos contratos entre *influencer* e agência de publicidade.

Da leitura das características do contrato de agência e de comissão, observar-se-á não haver identidade total entre o contrato de agência ou comissão típicos, e o elemento ora analisado da relação com o *influencer*. A aproximação justifica-se, porém, pois, como lembra Caio Mário da Silva Pereira, “[...] nas soluções de controvérsias que surgirem [envolvendo contratos atípicos], o julgador ou intérprete terá de invocar em suprimento do conteúdo das cláusulas próprias os princípios legais relativos ao contrato típico mais próximo” (2011).

À vista disso, proceder-se-á à análise dos elementos referentes ao contrato de agência, regulado pelos art. 710 e seguintes do Código Civil, bem como pela Lei n. 4.886/1965, e do contrato de comissão, regulado pelos art. 693 e seguintes do mesmo Código, para fins comparativos.

Por fim, serão estudados os elementos próprios de contratos publicitários na relação entre *influencer* e agência de publicidade, para então se refletir sobre de que forma os deveres jurídicos atinentes à veiculação de publicidade, tradicionalmente impostos à empresa, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, imputam-se ao *influencer*.

8 Art. 1.322, C. 2, do Código Civil Italiano. “Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico”. Ressalte-se, assim, à diferença do Direito Contratual brasileiro, que, no caso dos contratos atípicos, “só são admitidos ao reconhecimento e à tutela jurídica, se o juiz reconhecer, caso a caso, em concreto, que são ‘aptos a realizar interesses merecedores de tutela’ segundo o ordenamento jurídico” (ROPPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 136).

5. ELEMENTOS TÍPICOS DE CONTRATO DE AGÊNCIA ENTRE *INFLUENCER* E AGÊNCIA

Ao divulgar um produto ou serviço, o *influencer* realiza função *análoga* à do agente, em um contrato de agência (art. 710 e ss., CC). Não buscar-se-á subsumir a nova forma de relação contratual estudada, neste trabalho, a este tipo legal, senão apenas indicar os traços de contrato típico que possam ter, para fins de interpretação.

O agente (tradicionalmente chamado de “representante comercial autônomo”) presta serviço tendente a promover a compra e venda, que será concluída pelo preponente.

A este respeito, dispõe o art. 710, CC:

[...] pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.

Da leitura desse dispositivo infere-se, conforme dito acima, não haver identidade total entre o contrato de agência *típico* e o papel intermediador do *influencer*.

Primeiramente, o contrato de agência pressupõe a relação entre empresários. No caso de contratações com *influencers*, os *perfis* consagraram-se como nova plataforma negocial e, também, nova modalidade de atividade empresarial.

Dispõe o art. 966, CC, ser empresário “[...] quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. O caráter de habitualidade da pactuação e execução de contratos publicitários torna profissional a atuação do *influencer* e constitui atividade econômica organizada, com vistas ao lucro.

Ainda que o *influencer* (subcontratado) atue em atendimento aos interesses da agência publicitária (subcontratante) e, indiretamente, da empresa, não existe vínculo hierárquico entre o *influencer* e a agência de publicidade, ou mesmo uma empresa. O *influencer* age com autonomia na organização de seu negócio. E embora tenha de cumprir as instruções dadas pela agência de publicidade (art. 712, CC), conduz a intermediação dos negócios do preponente. Em outras palavras, tem autonomia para a elaboração dos discursos publicitários a serem publicados.

O vínculo não eventual reside no fato de que o contrato não tem como finalidade uma prática habitual. O *influencer* assume o dever de promover os negócios da empresa (em última análise) e, com isso, aproximá-los do comprador. A esta intermediação corresponde o dever de remuneração (art. 714, CC), a qual configura apenas uma das partes do preço devido ao *influencer*.

O pagamento do preço pelo anúncio em *perfis* divide-se em duas partes: estipula-se a prestação quanto à publicação do anúncio de *per se*. E, além desta primeira remuneração, conforme os índices de retorno de vendas ou mesmo de audiência recebida pela publicação, estipula-se uma comissão pré-determinada, aferida em momento posterior. Em outras palavras, a contratação do *influencer* é de meio e, com isso, estipula-se, de um lado, a prestação referente à tão só publicação do anúncio na plataforma digital. De outro, além desta primeira remuneração, conforme os índices de retorno de vendas ou mesmo de audiência recebida pela publicação, paga-se uma pré-determinada comissão, mas aferida em momento posterior.

Em razão da própria natureza da internet, não é possível circunscrever determinada zona de atividade do *influencer*, diferentemente do que ocorre com os contratos de agência. Não existem fronteiras geográficas para o alcance e o impacto das publicações em perfis de redes sociais.

6. OS ELEMENTOS PRÓPRIOS AOS CONTRATOS PUBLICITÁRIOS

Os elementos da relação entre *influencer* e agência de publicidade (subcontratante), atinentes aos contratos publicitários, dizem respeito à divulgação de *per se* de produto ou serviço da empresa (contratante) ao leitor, condicionada ao pagamento de contraprestação.

Em outras palavras, uma das partes do preço da contraprestação ao *influencer* consubstancia-se na apresentação do produto ou serviço ao mercado consumidor, por meio de sua plataforma digital. Em um segundo momento, quando então publicado e apresentado, é que o *influencer aproxima* empresa e leitor para realizarem negócios, assemelhando-se a um contrato de agência.

Contratos publicitários constituem modalidade atípica de negócio, de modo que não apresentam regramento legal específico. Apesar disso, ao lado da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, IX; 170, *caput*, e IV; e 220 e ss.), o Código de Defesa do Consumidor reserva o Capítulo V, intitulado “Das Práticas Comerciais”, para tratar do tema.

À vista disso, *a priori*, ao *influencer* (ou mesmo ao veículo *perfil*) não seriam imputados ou exigidos o cumprimento dos deveres jurídicos relativos à publicidade, os quais ficariam a cargo da contratante. Contudo, a todas as relações contratuais na sociedade moderna (incluídas, portanto, as relações contratuais de consumo), vigora atualmente o mandamento da boa-fé objetiva, do qual decorrem deveres anexos aos deveres de prestação, tais como os de cuidado, informação e cooperação (art. 422, CC).

Atender ao princípio da boa-fé objetiva dos contratos significa, conforme Cláudia Lima Marques, realizar “uma atuação ‘refletida’ [...] cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes” (2002).

Nos negócios em estudo, o cumprimento dos contratos implica, de fato, atingir-se a finalidade de promover produtos ou serviços, por meio da publicidade (obrigação principal).

Porém, não é o suficiente para o pleno cumprimento da obrigação, sob pena de cumprimento insatisfatório. A respeito do tema, observa Clóvis do Couto e Silva que

[...] a prestação principal do negócio jurídico é determinada pela vontade. Para que a finalidade do negócio seja atingida, é necessário que o devedor realize certos atos *preparatórios*, destinados a satisfazer a pretensão do credor (2006, p. 38).

Ressalte-se, assim, o papel híbrido realizado pelo *influencer* em tais relações contratuais. De um lado, atua profissionalmente como intermediário *ativo* entre empresa e leitor, e, de outro, cria laços de proximidade e de confiança com este, por meio de suas publicações. Portanto, o leitor desavisado (potencial consumidor) pode ser enganado e levado a erro (inclusive comprometendo sua saúde), em decorrência da não percepção do caráter publicitário do discurso com que se depara.

À vista disso, para o bom cumprimento dos contratos entre *influencer* e agência de publicidade, surge o dever (anexo) de identificação da mensagem negocial, nos termos do art. 422, CC, sob pena de incorrer-se, internamente, em conduta desleal e, externamente, em publicidade *ilícita*.

CONCLUSÃO

O presente trabalho cuidou de tratar da função persuasiva da publicidade e a forma como esta atividade buscou se reinventar em tempos de contatos cada vez mais efêmeros.

Com o interesse em anunciar em *perfis*, a empresa ou a agência de publicidade que a representa passou a procurar o *influencer* que atendesse ao seu perfil. Em razão da diversidade de relações e sujeitos que podiam contratar o *influencer*, este trabalho cuidou de delimitar o objeto de estudo à análise da relação entre *influencer* e agência de publicidade.

Inicialmente, agência de publicidade e *influencer* tinham entre si relações sutis, cuja delimitação do que era de fato cortesia ou verdadeira relação contratual, era de difícil constatação. Algumas

relações entre *influencer* e empresa (ou agência de publicidade) reincidentem, porém, de tal forma que, em análise mais acurada, foi possível considerá-las como relações contratuais de conteúdo presteado. Outras, porém, aliadas à reincidência, vieram a instrumentalizar-se em contratos onerosos. Este último caso é que foi objeto central de análise deste trabalho: aquelas relações entre agência de publicidade e *influencer* que têm como fundamento um contrato *instrumentalizado* entre as partes.

E, conclui-se que, a despeito de se tratar de modalidade contratual atípica, sujeita-se igualmente aos princípios regentes do sistema do Código Civil de 2002, pautada na eticidade, operabilidade e socialidade.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Alzira Alves de; PAULA, Christiane Jalles de (org.). *Dicionário histórico-biográfico da propaganda no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.
- BISCALCHIN, Ana Carolina Silva. *Blogs de entretenimento: Um estudo exploratório da circulação e legitimação da informação na internet brasileira*. 2012, 134 f. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação). Escola de Comunicação e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- BITTAR, Carlos Alberto. O controle da publicidade no Código de Defesa do Consumidor. In: *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 33, dez. 1991.
- CHAVES, Aline Saggi. *Gêneros do discurso e memória: O dialogismo intergenérico no discurso publicitário*. 2010, 366 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Crêterios para avaliação da ilicitude na publicidade*. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- _____. *Publicidade e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: A. Morano Editore, 2011.
- FRANÇA, Fábio. *Públicos – como identificá-los em uma nova visão estratégica*. São Caetano do Sul: Yendis Editora, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- HIRATA, Alessandro. *Relações contratuais fáticas*. 2011, 153 f. Tese (Concurso para Professor Titular, junto ao Departamento de Direito Civil, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Trad. Alessandro Hirata. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 1, jan.-jun. 2006.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas e anotadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 3. São Paulo, set.-dez. 1992.
- _____. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: *Coleção Doutrinas Essenciais – Direito do Consumidor*. MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2011.
- PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 24. ed., v. 3. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.
- R7 (site). ILOVATTE, Nathalia. R7. 2014. Gabriela Pugliesi se envolve em polêmica na web. Dá para confiar na dica das blogueiras? Propaganda velada e falta de orientação médica são questionadas nas redes sociais. Disponível em: <http://entretenimento.r7.com/mulher/moda-e-beleza/gabriela-pugliesi-se-envolve-em-polemica-na-web-da-para-confiar-nas-dicas-das-perfiluieras-02042014>. Acesso em: 26 nov. 2023.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- UOL (site). IKEDA, Inel. Após polêmica, Gabriela Pugliesi diz que reforçará sinalização de *post* pago. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2014/02/14/gabriela-pugliesi-diz-que-reforcara-a-sinalizacao-de-publi-posts-em-sites.htm#:~:text=Jamais%20me%20passou%20pela%20cabe%C3%A7a,n%C3%A3o%20consumo%20ou%20n%C3%A3o%20recomendo>. Acesso em: 26 nov. 2023.