

PERSPECTIVAS PARA
2020
MÍDIA & PUBLICIDADE



ADVOGADOS

autores

Ana Flávia Costa Ferreira

Andressa Bizutti Andrade

Ana Paula Varize Silveira

Pedro H. Ramos

Thaís Muchon Schainberg

Vitória Maciel

projeto gráfico

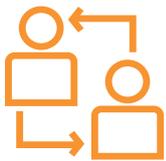
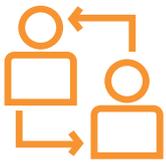
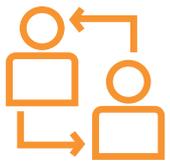
Laura Wolff Bandeira Klink



Janeiro de 2020

Índice

1/ O marketing de influência e o CONAR	05
2/ O mercado de vídeo digital e a regulação da ANCINE	07
3/ Comprou-ganhou	11
4/ Podcasting: perspectivas jurídicas	13
5/ Repensando a estrutura regulatória do setor publicitário	16
6/ Games, publicidade e Direito	18
7/ O fenômeno Tik Tok e suas implicações jurídicas	20
8/ LGPD, legítimo interesse e publicidade online: preservando o valor da internet para seus usuários	22
9/ Influenciadores digitais: melhores práticas para as publicações.....	27
10/ Filtros: perspectivas e desafios jurídicos na publicidade	30
11/ Reforma tributária e impactos para a publicidade	32



Mais uma vez, o Baptista Luz Advogados apresenta o seu white-paper com perspectivas sobre o cenário regulatório para o setor de publicidade digital. Em 2020, este trabalho – em sua quarta edição – ganha uma relevância ainda maior.

Apoiada por uma equipe experiente com excelente prática acadêmica e profissional, nossa área de mídia e publicidade cresceu muito em 2019. Em mais de 12 anos de atuação no mercado de publicidade digital, somos considerados precursores de consultoria jurídica para empresas desse setor, sendo envolvidos em praticamente todos os grandes movimentos de inovação do ecossistema. E se ano passado conseguimos manter o protagonismo nas principais discussões regulatórias e de mercado, em 2020 este papel será ainda mais relevante.

Nas próximas páginas, nossa equipe de profissionais apresenta uma visão crítica e atual sobre temas como influenciadores digitais, autorregulação da publicidade, proteção de dados, podcasts, reforma tributária, entre outros, além de discutir tecnologias que têm feito muito sucesso no setor, como o TikTok e os novos filtros do Instagram.

São inúmeras as formas em que a publicidade se faz presente no ambiente digital. Não se pode perder de vista, contudo, que cada uma delas demanda cuidados específicos, e deve ser feita com responsabilidade, para que continue a despertar a confiança do público e da sociedade.

Boa leitura!

Pedro H. Ramos

sócio do Baptista Luz Advogados, coordenador geral das áreas de **Mídia, Transações de Tecnologia e Proteção de Dados.**

1/ o marketing de influência e o CONAR



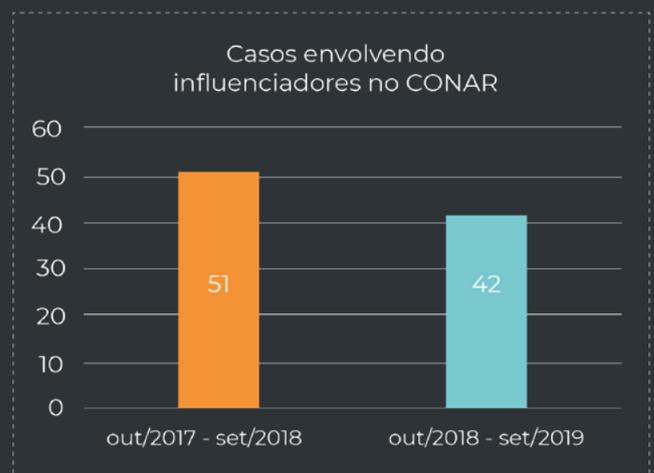
Ana Flávia Costa Ferreira

O marketing de influência é uma estratégia cada vez mais relevante no ecossistema do marketing digital. As empresas vêm encontrando nos produtores de conteúdo importantes porta-vozes de suas mensagens, que não apenas comunicam suas campanhas, mas fazem com que o público as escute. O elemento determinante dessa mecânica é o relacionamento entre os expectadores e o mensageiro escolhido - seja ele um influenciador digital por profissão ou uma figura pública com forte presença nas redes sociais – que, ao interagir diretamente com seus seguidores nas redes sociais, cria com eles uma relação de confiança, que gera engajamento e proporciona verdadeiro impacto na sua jornada de compra.

Segundo uma reportagem publicada na Forbes em fevereiro de 2019, estima-se que esse mercado valha entre US \$ 5 bilhões e US \$ 10 bilhões até 2020. Já a pesquisa "ROI & Influência 2019" realizada pela YOUPIX no período de 18 a 22 de fevereiro de 2019 com 94 grandes empresas brasileiras aponta que o marketing de influência é parte da estratégia central do plano de comunicação de 34% das empresas. Além disso, 69% das marcas concorda que trabalhar com influenciadores traz um resultado que nenhum outro tipo de comunicação digital pode trazer.

A pesquisa também aponta que a maior parte do investimento na contratação de influenciadores deixou de ser a remuneração do trabalho das agências de publicidade ou de influência, passando a incidir sobre produção e criação de conteúdo, o que demonstra um amadurecimento da visão das marcas sobre o potencial desse modelo. Da mesma forma, o ecossistema de influenciadores se diversificou, tendo surgido diferentes perfis e portes de influenciadores, cada qual com características e potenciais específicos, passíveis de serem empregados em diferentes tipos de campanhas.

Essa especialização parece ter levado também a certo grau de profissionalização no mercado, que se faz sentir nos números do CONAR. No período de outubro de 2018 a setembro de 2019 foram julgados 42 casos pelo CONAR envolvendo marketing de influência, correspondendo a 13,6% de todos os casos analisados pelo órgão durante o período. Este valor, embora bastante significativo, representa uma redução de 17,64% no volume de casos em comparação ao período de outubro de 2017 a setembro de 2018¹.



¹Os números e percentuais contidos neste artigo são estimados e baseados em uma análise superficial das decisões contidas no site do CONAR, tendo em vista que o órgão não disponibiliza o inteiro teor dos processos.

Também houve uma redução nas reclamações que abordavam problemas com a identificação publicitária das publicações, que antes atingiam 69% dos casos no CONAR envolvendo influenciadores, e mais recentemente caíram para 59%. Esta queda sugere que estes profissionais estão mais atentos às regras de transparência contidas no Código do CONAR e no Código de Defesa do Consumidor.

A falta de identificação publicitária, contudo, não é o único problema que pode acometer a contratação de um influenciador digital. São também frequentes as reclamações relacionadas à publicidade infantil e à indução do consumo exagerado de produtos e serviços por crianças e adolescentes neste tipo de publicações.

Outra questão recorrente é a promoção de bebidas alcoólicas sem a veiculação de contraindicações e alertas obrigatórios sobre o seu consumo responsável, ou sem que haja mecanismos de seleção de público que impeçam sua visualização pelo público infantil.

Também são frequentes questionamentos sobre a veracidade dos efeitos dos produtos e serviços divulgados pelos influenciadores, cujos relatos pessoais muitas vezes se misturam com mensagens roteirizadas, abalando a confiança de seus seguidores.

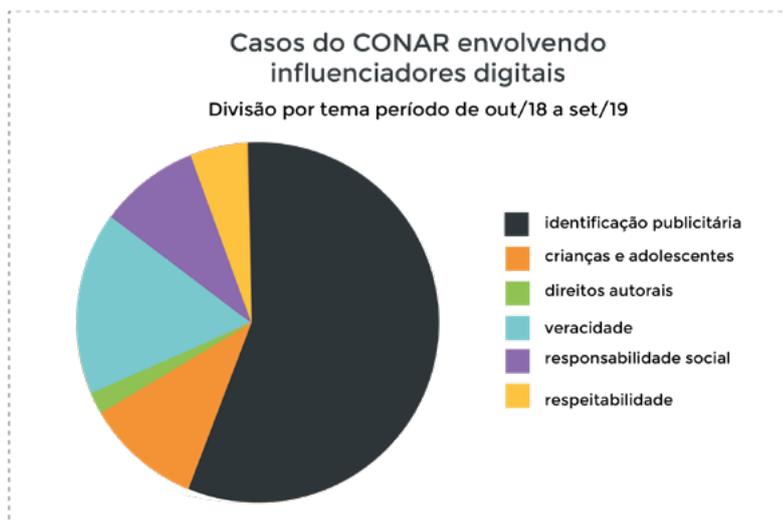
Todos estes aspectos são bastante delicados em uma contratação, podendo, a depender da repercussão do caso, impactar negativamente a imagem da marca anunciada. Por isso, é essencial que as empresas se empenhem em também se profissionalizar no uso do marketing de influência, selecionando com cuidado o melhor influenciador para a sua campanha e o orientando ao longo do processo, para que o conteúdo produzido e a forma como ele é veiculado influenciem seu público sempre da forma mais benéfica para a empresa.

Referências Bibliográficas:

CONAR. Decisões. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 23/12/2019.

YOUPIX. ROI e Influenciadores: como as principais marcas do país mensuram resultados com influenciadores? MEDIUM. Publicado em: 26/02/2019. Disponível em: <https://medium.youpix.com.br/roi-e-influenciadores-como-as-principais-marcas-do-pa%C3%ADs-mensuram-resultados-com-influenciadores-65b004cb093d>. Acesso em: 23/12/2019.

SCHMIDT, Mike. Calculating The True Size Of The Influencer Marketing Industry. Forbes Technology Council. Publicado em: 13/02/2019. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2019/02/13/calculating-the-true-size-of-the-influencer-marketing-industry/#2db9a044658d>. Acesso em: 23/12/2019.



2/ o mercado de vídeo digital e a regulação da ANCINE



Ana Flávia Costa Ferreira

Muito se discute atualmente sobre a tributação de serviços no ambiente digital, e com a exibição de obras audiovisuais neste contexto não seria diferente. Há alguns anos a ANCINE (Agência Nacional do Cinema) vem ensaiando a cobrança da CONDECINE (Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional) sobre a exploração de obras audiovisuais na internet. A questão, contudo, enfrenta grande resistência dos mercados publicitário e audiovisual, permanecendo, até o momento, sem definição.

A CONDECINE e as obras audiovisuais publicitárias na internet

A CONDECINE foi primeiro instituída pela Medida Provisória nº 2.228-1/2001 e teve seu espectro de incidência bastante ampliado em 2011 pela Lei nº 12.485 (conhecida como Lei do SeAC – Serviço de Acesso Condicionado). A MP nº 2.228-1 estabeleceu a incidência da CONDECINE sobre a exploração da obra audiovisual (publicitária ou não) em cada um dos segmentos de mercado por ela listados: a) salas de exibição; b) vídeo doméstico, em qualquer suporte; c) serviço de radiodifusão de sons e imagens; d) serviços de comunicação eletrônica de massa por assinatura; e, por fim, e) outros mercados.

O segmento denominado como “outros mercados”, no entanto, não chegou a ser definido na MP ou pela Lei nº 12.485.2011. A ANCINE, no entanto, valeu-se dessa lacuna para incluir sob a malha da CONDECINE os segmentos de mercado emergentes não previstos na MP. No plano das obras publicitárias, isso se deu em 2017 a partir da Instrução Normativa nº 134. Ela implementou modificações na IN nº 95/2011, entre as quais a inclusão da “publicidade audiovisual na internet” entre as definições de “outros mercados”.

Isso tornou obrigatório o registro na ANCINE e o recolhimento da CONDECINE das obras audiovisuais com finalidade publicitária veiculadas na internet, em todos os seus tipos e formatos, com exceção apenas de obras com menos 23 (vinte e três) quadros por segundo, o que causou grande comoção no mercado publicitário.

Esta medida, no entanto, nunca entrou em vigor. A cobrança havia sido adiada pela Agência para março de 2019, contudo, sua Diretoria Colegiada, após a realização de uma AIR (Análise de Impacto Regulatório) para melhor compreender o cenário da publicidade audiovisual na internet, decidiu suspender em definitivo a normatização de sua regulamentação mediante instruções normativas e outras normas infralegais, até que a questão seja consolidada na legislação federal. Assim, em 22 de janeiro deste ano foi publicada a Instrução Normativa nº 147, que revogou os dispositivos da IN nº 95 que tratavam da publicidade audiovisual na internet.

A decisão, contudo, não eliminou o debate sobre a cobrança da CONDECINE no mercado de vídeo digital. Ainda está em pauta a incidência da contribuição sobre o segmento de vídeo sob demanda, cada vez mais proeminente na internet e no qual se fazem presentes a produção audiovisual publicitária e não publicitária.

O Vídeo-on-Demand e a ANCINE

O serviço de vídeo por demanda (“VoD” ou “video on demand”) sofreu um processo equivalente. Ele foi incluído entre as definições de “outros mercados” nas INs 105 e 95, publicadas no ano de 2011, integrando assim o rol de incidência da CONDECINE.

Com a emergência de serviços de streaming de vídeo no país, como a Netflix, a ANCINE começou a notificar empresas do setor de VoD, cobrando o registro das obras e o recolhimento da CONDECINE sobre os títulos de seus catálogos. As empresas, por outro lado argumentam que a cobrança é inconstitucional, por ser fundamentada apenas em normas infralegais, e não por legislação federal, como exigido pelo artigo 149 da Constituição.

Diante da controvérsia e da crescente entrada no mercado brasileiro de novos players - internacionais e nacionais - do segmento de VoD, a ANCINE e o Congresso Nacional têm se mobilizado para consolidar a regulação deste mercado.

Referências Bibliográficas:

ANCINE. ANCINE revoga norma que obrigaria registro e recolhimento de obras publicitárias na Internet. Publicado em: 30/01/2019. Disponível em: <https://www.ancine.gov.br/pt-br/sala-imprensa/noticias/ancine-revoga-norma-que-obrigaria-registro-e-recolhimento-de-obras-publicit>. Acesso em: 23/12/2019.

ANCINE. Relatório de Consolidação de Consulta Pública nº 1-E/2019/OUV e contribuições recebidas. Disponível em: <https://ancinegov.sharepoint.com/sites/disponibilizadoc/Documentos/Forms/AllItems.aspx?id=%2Fsites%2Fdisponibilizadoc%2FDocumentos%2FOuvidoria%2FConsulta%5FPublica%5FVOD&p=true&original-Path=aHR0cHM6Ly9hbmNpbmVnb3Yuc2hhcmVwb2ludC5jb20vOmY6L3MvZGlzcG9uaWJp-bGl6YWVrYy9FaWVhdFh3bDB-jdE92dzlaN3BmbndI-NEJ3NDk-tV2NJTU1CczdIemxKO0J4c05B-P3J0aWlIPXpYOWxONktIMTBn>. Acesso em: 23/12/2019.

As iniciativas de regulamentação

Em 13 de setembro deste ano a ANCINE submeteu a consulta pública o relatório da Análise de Impacto Regulatório que vinha sendo produzida pela sua Coordenação de Análise Econômica e de Negócios há alguns anos. O relatório aborda aspectos como estrutura, evolução, características, relações de competição, enquadramento tributário e situação da regulação de VoD no Brasil, ponderando vantagens e desvantagens de diferentes estratégias regulatórias.

O documento recomenda a revisão das Instruções Normativas da Agência para que suas definições sejam atualizadas, se adaptando às características e especificidades desse mercado, e incentiva a discussão de suas conclusões em debates públicos com a participação dos agentes econômicos envolvidos. Ao longo do processo de consulta pública, foram submetidas 25 contribuições, com diferentes perspectivas e sugestões de associações, empresas e profissionais do ramo audiovisual.

Enquanto isso, no Congresso Nacional tramitam diversos projetos de lei voltados à regulação do mercado. Entre os mais relevantes, estão o PLS 57/2018, de autoria do senador Humberto Costa (PT/PE) e o PL 8889/2017, de autoria do deputado Paulo Teixeira (PT/SP). Eles abordam não apenas a estrutura de cobrança da CONDECINE, como também a imposição de regras sobre o conteúdo veiculado, como cotas de tela, mecanismos de proeminência e incentivos ao investimento em conteúdo brasileiro independente nos serviços de VoD.

Os projetos foram objeto de audiências públicas, substitutivos e reuniões técnicas envolvendo parlamentares, consultores e grupos de interesse. Contudo, ainda não foi possível obter um consenso entre os agentes interessados.

Referências Bibliográficas:

ANCINE. VÍDEO SOB DEMANDA - Análise de Impacto Regulatório. Relatório de Análise de Impacto 001/2019/ANCINE/SAM/CAN. Agosto/2019. Disponível em: https://ancine.gov.br/sites/default/files/AIR_VoD_versao_final_PUBLICA_12.08.2019-editado-p%C3%A1ginas-exclu%C3%ADdas-mesclado-p%C3%A1ginas-exclu%C3%ADdas.pdf. Acesso em: 23/12/2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei PL 8889/2017. Dispõe sobre a provisão de conteúdo audiovisual por demanda (CAvD) e dá outras providências. Deputado Paulo Teixeira (PT/SP). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2157806>. Acesso em: 23/12/2019.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado PLS 57/2018. Dispõe sobre a comunicação audiovisual sob demanda, a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional – CONDECINE e dá outras providências. Senador Humberto Costa (PT/PE) Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132311>. Acesso em: 23/12/2019.

3/ Comprou-ganhou:

Ana Paula V. Silveira



A regulamentação da distribuição gratuita de prêmios com fins publicitários e a ilegalidade do posicionamento da SECAP impressa na Nota Informativa n. 11/2018

No final de 2018, a SEFEL¹ (órgão do então Ministério da Fazenda e, atualmente, SECAP²), emitiu a [Nota Informativa n. 11/2018](#), segundo a qual ações publicitárias de distribuição gratuita de prêmios na modalidade conhecida como “comprou-ganhou” passariam a estar submetidas à prévia aprovação pelo órgão e à Lei n. 5.768/1971.

Assim, segundo a Nota Informativa, também passaram a requerer aprovação prévia pela SECAP as operações que apresentassem, ao menos, uma das seguintes hipóteses abaixo:

- (i) distribuição gratuita de prêmios com limitação ao estoque;
- (ii) premiação aos primeiros que cumprirem o critério de participação;
- (iii) quantidade fixa de prêmios;
- (iv) qualquer outro critério de participação, além da compra dos produtos ou serviços da promotora;
- (v) seja realizada concomitantemente com promoção comercial autorizada;
- (vi) seja realizada por mais de uma empresa, com benefício em detrimento de outras; e
- (vii) condicione a entrega do prêmio a alguma modalidade de álea ou pagamento pelos participantes, além da compra dos produtos ou serviços da promotora.

Em setembro de 2019, a SECAP alterou seu posicionamento sobre a Nota Informativa, atribuindo a ela interpretação menos severa. Conforme informado pela SECAP, somente os incisos (i) a (iii) mencionados acima seriam aplicados pelo órgão³. No entanto, esse novo posicionamento foi comunicado ao mercado em seminário realizado pela SECAP, não havendo, até o momento de elaboração desse artigo, nenhum comunicado formal ou instrumento que altere a Nota Informativa em questão.

¹ <http://www.caixa.gov.br/empresa/promocoes-sorteios/Paginas/default.aspx>

² <http://www.caixa.gov.br/empresa/promocoes-sorteios/Paginas/default.aspx>

³ Secretaria de Avaliação de Políticas Públicas, Planejamento, Energia e Loteria – “SECAP”

Isso representa insegurança jurídica relevante, uma vez que, em caso de fiscalização e questionamento como base nos incisos (iv) a (vi) da nota (supostamente revogados), não há instrumentos normativos que sirvam como prova para demonstrar que um aparente descumprimento da Nota Informativa se trata, na realidade, de observação da orientação mais recente do órgão.

Assim, mais de um ano após sua publicação, alguns aspectos dessa Nota Informativa ainda podem ser questionados do ponto de vista jurídico. Além da insegurança jurídica decorrente de um posicionamento não formalizado (e que pode mudar a qualquer tempo, portanto), a Nota Informativa ainda apresenta algumas disposições confusas⁴ e aplicação bastante abrangente.

Segundo a nota, qualquer operação na modalidade “comprou-ganhou” que apresentar algum tipo de limitação de participação (seja por estoques ou qualquer outro critério) deverá ser submetida à aprovação da SECAP, o que fica claro pela hipótese (iv) mencionada acima. Assim, na prática, pode-se dizer todas as operações na modalidade “comprou-ganhou” deverão ser previamente aprovadas pela SECAP, uma vez que não há ação que não tenha algum tipo de condicionamento, ainda que temporal.

Nesse sentido, tendo em vista a abrangência e, por consequência, o impacto gerado pela Nota Informativa, questiona-se até que ponto seu conteúdo respeita o princípio da legalidade. Como mencionado no artigo 1º da própria nota, cria-se por meio desta uma nova modalidade de distribuição gratuita de prêmios a ser contemplada pela Lei n. 5.768/1971 – alterando seu art. 1º, portanto. Entretanto, a Constituição Federal estabelece competência privativa à União para legislar sobre esse tema⁵. Sendo assim, uma alteração como a trazida pela Nota Informativa n. 11/2018, que não se trata de uma mera questão interpretativa, não é de competência da SECAP, mas da União.

Ainda do ponto de vista da legalidade, em 2019, a Nota Informativa mostrou estar em discordância com a Lei n. 13.874/2019 (a Lei de Liberdade Econômica), que estabelece, dentre outras providências, disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador. A referida lei traz como seus princípios norteadores a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas e a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas (incisos I e III, art. 2º).

No que se refere a impactos gerados pela Nota Informativa n. 11/2018, até o momento, não há estudos que analisem as repercussões trazidas por ela. De todo modo, não é exagerado afirmar que, além de violar o princípio da legalidade, a nota é desproporcional e representa um desestímulo à realização de distribuições gratuitas de prêmios na referida modalidade, tendo em vista que a submissão à aprovação de tais ações pela SECAP requer investimentos em pagamento de taxas para abertura do procedimento, bem como de assessoria jurídica especializada e que conheça todos os trâmites exigidos pelo órgão. Evidência disso é posicionamento mais recente da SECAP (que, no entanto, apenas aumenta as incertezas já existentes sobre a regulação).

A proteção ao consumidor é essencial e deve ser a base para a criação de regulações das atividades do mercado publicitário. Entretanto, o Estado deve observar a legalidade e ser proporcional no exercício dessa função, sob o risco de causar insegurança jurídica ao promover obrigações legais ineficazes.

⁴ Essa informação encontra-se disponível em fontes não oficiais, tais como: <http://www.mgodov.com.br/?conteudo=canal&id=15&canal_id=9> Acesso em 06 jan. 2020.

⁵ Tais como as hipóteses “seja realizada concomitantemente com promoção comercial autorizada” e “seja realizada por mais de uma empresa, com benefício em detrimento de outras”. Entretanto, tendo em vista a finalidade do presente artigo, não nos aprofundaremos nessa discussão.

4/ Podcasting: perspectivas jurídicas



O que um criador de conteúdo deve observar nos momentos em que cria, edita e publica seus podcasts?

Ana Paula V. Silveira

2019 foi o ano dos podcasts. Essa frase, repetida diversas vezes no decorrer de 2019, reflete um crescimento expressivo dos podcasts no mercado de mídia digital. Uma evidência disso foram as compras realizadas pelo Spotify, só em 2019¹, de duas grandes empresas especializadas em produção de podcasts: Gimlet Media e Anchor^{2,3}. No Brasil, também temos seguido essa tendência, o que se revela por um aumento expressivo no consumo de podcasts⁴. E, juntamente com o consumo, também houve aumento na produção⁵.

Assim como em diversos outros segmentos de criação de conteúdo em mídias digitais⁶, a produção de podcasts tem sido impulsionada, em grande parte, por profissionais amadores. Segundo pesquisa realizada pela ABPod em 2018, no Brasil, 73,5% dos produtores gravam/editam seus podcasts “em casa ou qualquer lugar, utilizando poucos equipamentos”⁷.

Com o crescimento da demanda neste mercado, a tendência é de que ele venha a se profissionalizar, o que inclui olhar para aspectos jurídicos⁸ relacionados a essa atividade.

¹ <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2019/08/20/2019-e-o-ano-dos-podcasts-no-brasil.htm>

² <https://www.theguardian.com/technology/2019/feb/06/spotify-buys-podcast-firms-gimlet-and-anchor-streaming-profits-music>

³ O aumento do consumo de podcasts os tornam, por consequência, um espaço publicitário bastante atrativo para anunciantes. Assim, uma evidência do crescimento dos podcasts no mercado foi o lançamento, pela Spotify, logo no início de 2020, do Spotify Podcast Ads, ferramenta de marketing que utilizará dados pessoais dos usuários para melhorar o targeting dos anúncios veiculados em podcasts. O anúncio da Spotify está disponível em: <https://www.spotifyforbrands.com/en-US/news/sai-announcement>. Acesso em 13 jan. 2020.

⁴ Players de destaque nesse setor (como a Associação Brasileira de Podcasts – ABPod) ainda estão fazendo levantamentos sobre o consumo de podcasts no Brasil em 2019 (disponível aqui), mas o Tilt, canal de tecnologia da Uol divulgou com exclusividade pesquisa realizada pela Deezer em julho de 2019. Segundo o estudo, o consumo de podcasts no Brasil cresceu 67% em 2019. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2019/10/21/impulsionado-por-streaming-consumo-de-podcast-cresce-67-no-brasil-em-2019.htm>> Acesso em 17 dez. 2019.

⁵ <https://www.voltdata.info/conteudo/2019/estatisticas-de-podcasts>

⁶ Como exemplo, temos o segmento de marketing de influência, o qual tem passado por um processo de amadurecimento e profissionalização nos últimos tempos.

⁷ PODPESQUISA 2018. Disponível em <<http://www.abpod.com.br/media/docs/PodPesquisa-2018.pdf>> Acesso em 17 dez. 2019.

⁸ Em artigo publicado em novembro de 2018, já exploramos o que são os podcasts e qual seu enquadramento jurídico segundo a legislação de direitos autorais (e mostramos que os podcasts são obras de direito autoral protegidas no ordenamento brasileiro).

/ direitos de terceiros: propriedade intelectual

No que se refere ao uso marcas de terceiros, a Lei n. 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial – “LPI”) estabelece que as marcas registradas são propriedade de seus titulares e sua citação é permitida, dentre outras hipóteses, em discursos, obras científica ou literária, ou qualquer outra publicação, desde que não haja conotação comercial e que não haja prejuízo ao caráter distintivo da marca⁹.

Assim, é possível entender que os podcasts se enquadram nas categorias “discursos” e “outra publicação” previstas na LPI, de modo que os criadores podem, de forma lícita, fazer referência a marcas de terceiros em seus podcasts - desde que observem as condições legais acima mencionadas.

No entanto, vale questionar de que forma a monetização da reprodução e a publicidade em podcasts se relacionam à expressão “conotação comercial” mencionada na LPI, tendo em vista que representam ganho financeiro para o criador ou para a produtora. Analisando a finalidade da LPI, é possível argumentar, de forma sintética, que referências a marcas em podcasts são lícitas nos casos em que tal uso não tenha a finalidade de explorar a marca comercialmente de forma direta e/ou com a intenção de levar o consumidor a erro, mas apenas enquanto parte de um conteúdo.

/ direitos de terceiros: direitos autorais

Da mesma forma, a Lei 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais - “LDA”) proíbe a reprodução de obras sem a autorização de seu respectivo autor (art. 28 da LDA). No caso de podcasts, atenção especial deve ser dada à reprodução, parcial ou total, de fonogramas e áudios de obras audiovisuais. Vale lembrar, entretanto, que a LDA prevê hipóteses de reprodução de obras sem que seja configurada violação a direitos do autor – casos em que a obtenção de autorização prévia para uso da obra é dispensada.

Importam para a criação de podcasts (i) a citação de passagens em obras para fins de estudo, crítica ou polêmica, desde que de forma proporcional e que nome do autor e a origem da obra sejam mencionados¹⁰ e (ii) as paráfrases e paródias¹¹ (desde que não caracterizem a mera reprodução da obra originária, nem impliquem descrédito à obra de referência¹²).

Em todas essas hipóteses, a dificuldade está em determinar, no caso concreto, se a obra se enquadra nas exceções acima mencionadas, ou se violam direitos do autor, de modo que a análise de cada ideia deve ser feita caso a caso.

⁹Art. 132, inciso IV, LPI.

¹⁰Art. 46, inciso III, da LDA.

¹¹A LDA não define o que são paródias, mas o Superior Tribunal de Justiça, em decisão de 2017, apresenta a seguinte definição de paródia: “a paródia é forma de expressão do pensamento, é imitação cômica de composição literária, filme, música, obra qualquer, dotada de comicidade, que se utiliza do deboche e da ironia para entreter. É interpretação nova, adaptação de obra já existente a um novo contexto, com versão diferente, debochada, satírica.” (RESP 1.548.849 – SP).

¹²Art. 47, LDA.

/ direitos de terceiros: direitos da personalidade

Os direitos da personalidade podem ser sintetizados no conjunto formado pelo nome, som da voz e imagem de uma determinada pessoa e estão disciplinados especialmente nos artigos 11 e 20 do Código Civil. Na prática, a utilização de qualquer direito da personalidade não pode ser realizada sem a prévia autorização de seu titular e, uma vez autorizada, essa licença pode ser revogada a qualquer tempo.

Isso significa que, com exceção dos podcasts jornalísticos, tais obras somente podem ser disponibilizadas para acesso quando todos aqueles que tiveram nome e/ou som da voz utilizados na produção tenham dado sua permissão para veiculação. Atenção especial deve ser dada a crianças, cuja utilização dos direitos da personalidade deve estar devidamente autorizada por escrito por seu representante legal.

/ publicidade em podcasts

Os podcasts também representam espaço com potencial relevante para a inserção de anúncios publicitários¹³. Nesse sentido, sem prejuízo das demais obrigações regulatórias e autorregulatórias já conhecidas, a obrigação de identificação publicitária deve ser observada, deixando evidente ao consumidor que a mensagem veiculada se trata, na realidade, de publicidade¹⁴. A questão que se põe, então, é qual a forma mais transparente de identificar a publicidade veiculada em um podcast.

Há, ainda, as métricas de podcasts, um aspecto técnico que acaba representando um contratempo do ponto de vista jurídico. Com a dificuldade em avaliar com precisão o desempenho, o alcance e a conversão dos anúncios veiculados, as negociações contratuais entre criadores e agências e/ou anunciantes tende a ser mais complicada, uma vez que, com a dificuldade de medir o retorno trazido pelo criador, dificulta-se também a estimativa da contrapartida devida pelo anunciante por esse espaço. O risco, nesse caso, encontra-se no potencial de que esses contratos apresentem desequilíbrios econômicos para uma das partes.

/ perspectivas

Assim como ocorreu e ocorre com outros segmentos do mercado de mídia digital, os podcasts cresceram de forma bastante acelerada e, agora, tendem a entrar em uma nova fase de seu desenvolvimento: a profissionalização. Como pontuado anteriormente, esse processo de profissionalização envolve o olhar para aspectos técnicos e jurídicos, muitos dos quais ainda precisam ser mais bem discutidos e consolidados.

Recentemente, já vimos iniciativas nesse sentido, como guias de boas práticas em criação de podcasts¹⁵, bem como guias técnicos¹⁶. Observa-se, assim, que o mercado ocupa uma posição importante nesse processo e pode contribuir se posicionando e trabalhando para definir as boas práticas nessa atividade.

¹³ Guia Podcast Advertising, IAB Brasil, 2019, p. 2.

¹⁴ Art. 36 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor – “CDC”).

¹⁵ Por exemplo: <https://cippic.ca/sites/default/files/Podcasting-LegalGuide-Canada.pdf> e <https://clinic.cyber.harvard.edu/project/podcasting-legal-guide/>

¹⁶ <https://iabbrasil.com.br/guia-podcast-advertising/>

5/ Repensando a estrutura regulatória do setor publicitário



Andressa Bizutti Andrade

Não há dúvida de que desenvolvimentos tecnológicos geraram uma revolução no funcionamento do mercado publicitário. O próprio advento da internet e o que ela proporcionou à técnica publicitária é por si só uma revolução.

Com a internet, o ecossistema de publicidade se tornou muito mais complexo do que a estrutura “agência, anunciante e veículo” que por muito tempo representou a organização desse mercado. Empresas de tecnologia para publicidade – chamadas de adtechs – geraram grandes mudanças na forma como a publicidade é desenvolvida e direcionada ao mercado consumidor.

Entre as adtechs, as mais relevantes foram as empresas que desenvolveram “tecnologias inovadoras para a distribuição de anúncios publicitários em diferentes veículos e meios de divulgação”, e que também são conhecidas como chamadas de Plataformas de Mídia. Nota-se que essas empresas são diferentes da concepção que temos de veículos, pois não atuam apenas somente na comercialização do espaço publicitário e sim em toda a cadeia transacional que permite que o anúncio mais acertado adequado atinja o consumidor.

Nesse sentido, a Associação de Mídia Interativa (“o IAB Brasil”) produziu em conjunto com o escritório Baptista Luz Advogados, em 2019, estudo denominado “Estudo sobre o Impacto de Novas Tecnologias e Negócios Inovadores para o Modelo Regulatório da Publicidade no Brasil” cujo objetivo é “analisar o impacto das novas tecnologias de mídia e de negócios inovadores de comunicação para o modelo regulatório da publicidade no Brasil”².

¹Estudo sobre o Impacto de Novas Tecnologias e Negócios Inovadores para o Modelo Regulatório da Publicidade no Brasil – Disponível em: https://iabbrasil.com.br/wp-content/uploads/2019/10/IAB_Estudo_Out2019-compactado.pdf.

²Estudo sobre o Impacto de Novas Tecnologias e Negócios Inovadores para o Modelo Regulatório da Publicidade no Brasil – Disponível em: https://iabbrasil.com.br/wp-content/uploads/2019/10/IAB_Estudo_Out2019-compactado.pdf.

Como disponível no estudo realizado pelo IAB Brasil, as Plataformas de Mídia incluem diversos atores diferentes, como redes de veículos, plataformas que analisam perfil de usuários da internet, plataformas inovadoras que distribuem ordens de serviço para influenciadores digitais, e, claro, as plataformas que atuam na cadeia de mídia programática, com a implementação de preços dinâmicos para garantir a melhor oferta para as partes envolvidas, entre outras. Isto é, todas tecnologias que permitem que a mensagem publicitária seja entregue da forma mais eficiente possível ao público.

Este cenário de comunicação publicitária faz com que seja necessário que as estruturas regulatórias e autorregulatórias desenvolvidas para o mercado publicitário tempos atrás sejam revistas, considerando as condições mercadológicas atuais. Analisar e compreender se os objetivos da regulação e da autorregulação ora traçados ainda estão sendo atingidos considerando a inovação tecnológica é responsabilidade dos atores envolvidos com este mercado.

E ainda, deve-se ter em mente nessa análise que nenhum mercado precisa necessariamente ser regulado – ou autorregulado. A necessidade de criação de estruturas regulatórias depende de uma análise de falhas de mercados e custos e benefícios de se regulá-lo ou autorregulá-lo. Isso, obviamente, também vale para o mercado publicitário.

Sem uma clara compreensão das inovações do setor publicitário e as consequências geradas por elas, não é possível compreender se este mercado deve ou não ser regulado ou autorregulado. Ademais, se após essa análise, for verificada a necessidade de revisão da regulação e/ou autorregulação posta – revisão essa que deverá baseada na livre iniciativa, nas boa-fé das relações comerciais e na proteção do mercado consumidor -, também não será possível fazê-la sem que as inovações existentes do setor sejam levadas em consideração.

Negar a tecnologia como parte do setor publicitário não é mais uma opção. Se a regulação e autorregulação não forem revistas para que esses atores sejam levados em consideração, estas obrigatoriamente serão falhas, pois não estarão de fato representando o mercado publicitário hoje existente no Brasil e no mundo, levando a balcanização do nosso mercado em relação às estruturas mais modernas da publicidade contemporânea.

6/ Games, publicidade e Direito



Thaís Muchon Schainberg

Quando a Atari desenvolveu o jogo Pong, em meados da década de 1970, seus jogadores nem imaginam o quão sofisticado se tornariam os gráficos dos jogos eletrônicos. Não seria absurdo dizer que os jogos atuais possuem cenários, cores e detalhes dignos de takes de cinema. A sofisticação é tamanha que o “The Game Awards” apresenta uma categoria¹ de premiação específica para jogos que se destaquem criativamente em termos de design e animação.

Nesse cenário de inovação e de crescente consumo de jogos digitais, os desenvolvedoras entenderam a importância de se incorporar referências do mundo real em seus cenários, e é cada vez mais comum que os games apresentem referências diretas ou indiretas a marcas publicitárias com o intuito de conferir maior sensação de realidade aos jogadores. Atualmente, o uso de conteúdo publicitário em jogos é prática comum e recorrente, conhecida como In Game Advertising (IGA).

O IGA, assim como os product placements em filmes e novelas, pode acontecer por meio da inserção de um outdoor dentro do game, pela apresentação de itens como latas de refrigerante, revistas, adesivos em carros ou até mesmo pelo lançamento de músicas durante o jogo. Ainda que a regra hoje sejam ações publicitárias no modelo de publicidade contextual, já se vislumbra também a possibilidade de utilizar ferramentas de publicidade comportamental aos jogos digitais.

Isso acontece porque os jogos eletrônicos são, também, plataformas que permitem o tratamento massivo de dados pessoais. Nesse sentido, tais informações poderiam ser utilizadas para que cada usuário visualize um conteúdo publicitário que mais se adeque aos seus padrões de consumo e comportamento. Em última instância, podemos ter, nos próximos anos, uma estrutura de compra e venda de mídia de IGA tão complexa e diversa como acontece no ecossistema de mídia digital em publishers e aplicativos.

Essas novas maneiras de se fazer publicidade despertam pontos de atenção com relação à alguns aspectos jurídicos:

¹The Game Awards. Disponível em <https://thegameawards.com/awards/#best-art-direction>. Acesso em 24 de setembro de 2019.

/ proteção de dados

Para que o IGA baseado em dados seja de fato eficiente, é necessário haver uma coleta mais estruturada de dados dos jogadores. Tal coleta e tratamento, no entanto, deverá ser realizada nos limites estabelecidos pela lei. A partir de 2020, o tratamento de dados pessoais deverá se enquadrar dentro de uma das bases legais previstas pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Das hipóteses legais que justificam o uso de dados pessoais, devem ser ressaltadas o legítimo interesse e o consentimento.

O legítimo interesse deve ser entendido como uma das mais importantes bases legais para a publicidade online. Os gamers, atualmente, tem a fundada expectativa de que serão interpelados por conteúdo publicitário nos jogos digitais, ainda, há a clara necessidade do uso dos dados para melhorar a experiência do usuário. No entanto, é preciso que os desenvolvedores de jogos se atentem para a transparência e a autonomia dos gamers, desse cuidado apresenta-se a necessidade de se atentar para o consentimento.

O consentimento é uma das 10 bases legais previstas na LGPD que permitem o uso de dados pessoais, porém ele é especialmente importante para o uso de publicidade em games. É preciso que os games apresentem ferramentas que incentivem a autonomia do usuário, bem como estabeleçam com eles uma relação de transparência. Algumas soluções como a elaboração de uma Política de Privacidade clara e objetiva que permita ao gamer conferir consentimento não viciado ao uso e tratamento de seus dados, bem como o desenvolvimento de ferramentas no próprio jogo que permitam ao player desabilitar a coleta de dados para fins específicos podem ser bons caminhos para se alcançar a devida adequação à legislação das novas práticas de publicidade online.

O mercado de games está em considerável crescimento, sobretudo no Brasil, despertando olhares atentos de diversos setores e atores, dentre eles das agências reguladoras. É possível que com o início da vigência da LGPD a Agência Nacional de Proteção de Dados volte olhares atentos para a área, o que torna necessária a atual as discussões sobre privacidade e proteção de dados no contexto de games e publicidade.

Referências:

A regulação de proteção de dados e seu impacto para a publicidade online: um guia para a LGPD. Disponível em <<https://baptistaluz.com.br/institucional/a-regulacao-de-protecao-de-dados-e-seu-impacto-para-a-publicidade-online-um-guia-para-a-lgpd/>>. Acesso em 24 de setembro de 2019.

In game advertising: A publicidade dentro de seus jogos. Disponível em <<http://www.petadm.ufc.br/?p=4267>>. Acesso em 24 de setembro de 2019.

The Game Awards. Disponível em <<https://thegameawards.com/awards/#best-art-direction>>. Acesso em 24 de setembro de 2019.

Video Games and IP: A Global Perspective <https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2014/02/article_0002.html>. Acesso em 24 de setembro de 2019.

NEWZOO, ESPORTS IN BRAZIL: KEY FACTS, FIGURES, AND FACES. Disponível em <<https://newzoo.com/insights/trend-reports/esports-in-brazil-key-facts-figures-and-faces/>>. Acesso em 17 de setembro 2019.

SAKUDA, Luiz Ojima; FORTIM, Ivelise (Orgs.). II Censo da Indústria Brasileira de Jogos Digitais. Ministério da Cultura: Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.tinyurl.com/centsojogosdigitais>>. Acesso em: 17 de setembro 2019.

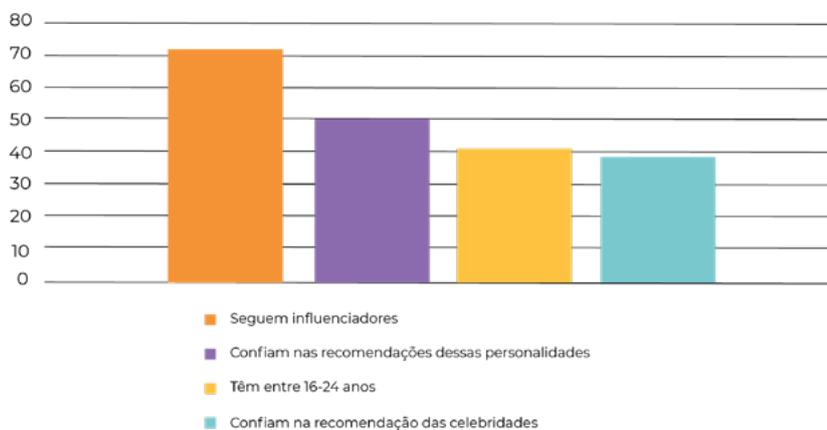
7/ O fenômeno Tik Tok e suas implicações jurídicas



Thaís Muchon Schainberg

O aplicativo Tik Tok tem formato de rede social e nele os seus usuários gravam e compartilham vídeos curtos, geralmente de 15 segundos, de conteúdo humorístico, sendo esta uma das razões pela qual o público-alvo da plataforma é composto por crianças e adolescentes. Em 2018, o Tik Tok chegou a ser o quarto aplicativo mais baixado no mundo e os influenciadores brasileiros já começam a entender as potencialidades trazidas pelo seu uso.

Público-alvo do Tik Tok



Apesar de sua semelhança com plataformas como YouTube ou Vine, o Tik Tok apresenta algumas particularidades que são suficientes para distingui-lo de modelos já conhecidos. Em primeiro lugar, o Tik Tok não conta com um sistema de “real in-house monetisation”, ou seja, os criadores de conteúdo não ganham dinheiro com anúncios pré-lançados ou com o número de visualizações que aquele conteúdo gerou. No entanto, a dinâmica do aplicativo permite àqueles criadores de conteúdo com número expressivo de seguidores a realizarem publicidade direta de produtos, marcas e serviços em seus vídeos.

Outra característica do aplicativo é que os vídeos compartilhados não apresentam a data de sua divulgação. Logo, um conteúdo postado há meses pode se tornar viral de repente, o que subverte a lógica comum de engajamento do usuário.

Esses dois aspectos do Tik Tok despertam algumas análises jurídicas interessantes, como aspectos de regulação publicitária, contratação de influenciadores e a proteção autoral do conteúdo compartilhado no aplicativo. Tendo em vista que a maior parte dos usuários do Tik Tok são jovens menores de idade, anúncios disponibilizados na plataforma devem ser pensados com ainda mais cuidado. O primeiro zelo a ser tomado é o de deixar claro àqueles que assistem aos vídeos publicados se o conteúdo apresentado trata-se de uma ação publicitária ou não. É importante ressaltar que nem a legislação brasileira, nem o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) vedam toda e qualquer publicidade infantil, apenas aquelas entendidas como publicidade abusiva (art. 36, § 2º do CDC). Todavia, alguns cuidados devem ser tomados, como observar as regras do Código do CONAR, do Estatuto da Criança e do Adolescente e as diretrizes gerais emitidas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA).

Outro ponto de reflexão envolve a contratação de influenciadores. Como o Tik Tok não permite, por enquanto, métricas baseadas em engajamento de usuários com o conteúdo postado, contratos com influenciadores devem possuir cláusulas diferentes para as prestações de serviços que envolvam redes sociais conhecidas como Facebook e Instagram, e outras provisões para a divulgação de conteúdo no Tik Tok, e que possam melhor refletir a mensuração de KPIs e o modelo de remuneração adotado.

Finalmente, há pontos importantes de direito autoral no uso do Tik Tok por marcas. Grande parte do conteúdo criado pelos usuários é baseado em gravações de dublagens, inclusive as funcionalidades do aplicativo incentivam esse tipo de criação. Os influenciadores do Tik Tok utilizam desses recursos para fazer campanhas publicitárias, entretanto, essa prática pode ensejar violações de direitos autorais. Para se fazer uso de obras intelectuais de terceiros, em regra, é preciso que haja a autorização do autor, conforme dispõe o art. 29 da Lei de Direitos Autorais brasileira (lei 9.610/98). No entanto, nas criações de dublagens no Tik Tok, utiliza-se de músicas sem que exista uma permissão expressa do autor da obra para utilizá-la para esse fim, o que implica em violação da proteção autoral.

Apesar de o Tik Tok ser um fenômeno recente, os holofotes já estão voltados para ele. O crescimento vertiginoso da popularidade do aplicativo não se deu ao acaso, as suas funcionalidades foram pensadas para suprir demandas inassistidas dos usuários de redes sociais. A inovação trazida por sua estrutura não ensejará novos pensares somente no campo de desenvolvimento e design de aplicativos, mas também, em aspectos regulatórios e jurídicos.

Referências:

<https://www1.folha.uol.com.br/tec/2019/09/rede-social-de-microvideos-tik-tok-tenta-atrair-publico-brasileiro.shtml>

<https://canaltech.com.br/redes-sociais/como-influenciadores-monetizam-seus-videos-no-tiktok-158508/>

https://www.vice.com/en_asia/article/597dbn/tiktok-influencer-brand-deals-livestream

<https://baptistaluz.com.br/institucional/manual-juridico-sobre-influenciadores-digitais/>

<http://www.iinterativa.com.br/infografico-tik-tok-rede-social-da-geracao/#!prettyPhoto>

8/

LGPD, legítimo interesse e publicidade online: preservando o valor da internet para seus usuários

Pedro H. Ramos



Em 2018, quando surgiram as primeiras análises após a aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD), foi comum (e ainda é comum) identificar o momento de adequação das empresas à regulação como oportunidade para os negócios. Embora eu continue acreditando nisso, uma **crença cega nesse mantra pode ofuscar uma visão mais crítica que certos setores deveriam ter, em especial a publicidade.**

Com a legislação europeia (GDPR), com pouco mais de um ano de vida, acostumamo-nos com notícias de condenações e investigações de autoridades regulatórias. Várias dessas ações são válidas, mas muitas **escondem uma percepção exagerada, fundamentada em um conceito de intimidade próprio da cultura da região e uma aversão regulatória à tecnologia.** Arrisco dizer que essa percepção também é fruto de desconhecimento do ecossistema e uma visão obtusa de que a publicidade com dados pessoais seria, estruturalmente, contra os indivíduos.

Entendimento, a meu ver, errado: **a publicidade sem dados é ruim para todos, a começar pelos próprios usuários.**

A publicidade baseada em dados sustenta a ideia de uma internet em que o acesso a **conteúdo é o mais aberto, livre e democrático possível.** Sem dados, vários serviços seriam pagos e a publicidade não seria tão personalizada e relevante para as pessoas (que sentido faria uma pessoa de São Paulo ser impactada com anúncios de promoções em restaurantes em Salvador?). Isso sem falar dos benefícios de descentralização: se uma boutique de roupas de uma cidade do interior do Brasil consegue montar um e-commerce e aumentar seu faturamento, é por causa da publicidade direcionada.

Alguns números comprovam essas afirmações:

(i) anúncios segmentados de acordo com a audiência possuem uma [taxa de cliques 670% superior em relação a anúncios não segmentados](#);

(ii) 85,2% dos estadunidenses [prefere ter acesso a conteúdos gratuitos, mas suportados por publicidade, do que pagar por esses conteúdos](#); no Reino Unido, [este número chega a 87%](#);

(iii) Nos EUA, [7,3% da força de trabalho não-rural nos EUA está empregada em negócios cuja principal receita é a publicidade online](#);

(iv) No Brasil, [o investimento em mídia digital foi de R\\$ 16 bilhões em 2018](#);

(v) 44% dos empregos no ecossistema de mídia digital nos EUA vêm de [pequenas médias empresas](#); no Brasil, [pequenas e médias empresas representam 42% dos associados do IAB Brasil, sendo que a ABRADI \(associação focada em pequenas empresas do ecossistema digital\) possui cerca de 300 associados](#).

Evidentemente, há abusos que precisam ser punidos, mas se deve reconhecer que esses abusos não representam a indústria: **há erros de conduta, e não na estrutura**, e há um esforço em adequar-se às legislações e uma compreensão de que este é o momento para incentivar boas práticas.

E como fica todo esse cenário no Brasil? Observo, com receio, a influência de reguladores e acadêmicos europeus em uma possível doutrina brasileira de proteção de dados, não só pelas diferenças existentes entre as legislações (em que se há uma flexibilização maior da lei brasileira), mas também pelos problemas que **o transplante institucional de outras regulações, sem a devida adaptação de questões culturais, pode ter no desenvolvimento**. Aliás, é notável o quanto as regulações europeias afetaram negativamente o desenvolvimento do ecossistema digital na região: mesmo antes da GDPR (considerando apenas o impacto de legislações anteriores, como

a ePrivacy Directive), [a efetividade da publicidade digital na União Europeia é, em média 65% inferior ao resto do mundo](#), e os países da região (já excluindo o Reino Unido) [produziram menos de 5% das startups unicórnios \(com valor de mercado acima de \\$ 1bi\) reconhecidas no mundo](#).

Se quisermos incentivar o setor de publicidade no Brasil, precisamos ser críticos em relação a interpretações que possam, sob uma influência exageradamente alarmista, condenar a indústria ao subdesenvolvimento. A busca, afinal, deve ser por uma **doutrina original, alinhada com a realidade brasileira, responsável como o desenvolvimento econômico e social e livre de transplantes culturais**.

E um dos principais caminhos para essa interpretação moderna é **compreender que o legítimo interesse como a base da publicidade online**. Se reguladores europeus insistem em dizer o contrário, é porque a lei deles é muito diferente da nossa nesse aspecto, já que por aqui prevemos expressamente a possibilidade do legítimo interesse ser base legal para publicidade – algo muito mais alinhado com a natureza dinâmica da internet e com a cadeia de valor do ecossistema.

Por aqui, não precisamos, para todo e qualquer site da internet, depender unicamente de avisos de consentimento (os chatos e intrusivos cookie notices) e muito menos tentar obter sempre um (ilusório) consentimento expresso — e que só privilegiaria a concentração econômica no setor. **Há legitimidade, necessidade e uma razoável expectativa dos usuários** (não é segredo para ninguém que portais e aplicativos gratuitos são sustentados pela publicidade), ou seja, elementos para justificar o uso dessa base legal na publicidade online:

(i) Situações Concretas. Diversas empresas do setor já estão documentando seus relatórios de impacto (Data Protection Impact Assessments) com diferentes situações de uso de dados pessoais para fins de publicidade online, com o objetivo de avaliar e desenvolver medidas técnicas e operacionais para mitigar riscos para usuários.

(ii) Interesse Legítimo do Controlador.

Anunciantes, agências, adtechs e veículos possuem um interesse legítimo, lícito e adequado no tratamento de dados pessoais, já que, caso não houvesse esse uso, o retorno sobre investimento seria certamente menor e o valor da publicidade para os usuários também seria muito menor;

(iii) Uso de Dados estritamente Necessários.

O mercado desenvolveu e vem desenvolvendo uma série de mecanismos e tecnologias que buscam utilizar somente dados necessários para atingir a finalidade de determinada personalização de um anúncio. Plataformas de matching, soluções de refinaria de dados e scanning de dados e de contexto são algumas técnicas disponíveis para limitar a inclusão de todo e qualquer dado em um bid request. Além disso, sendo o User ID a base para modelos de mídia programática, a grande maioria das requisições de dados em ambientes abertos (Open RTB) é feita com dados geralmente considerados pouco intrusivos (e.g. IP, sistema operacional, tipo de dispositivo, etc.), sendo que a combinação com outros dados é geralmente feita somente em ambientes mais fechados e com maiores filtros e controles de segurança;

(iv) Expectativas do Usuário. Há uma razoável expectativa dos usuários de que portais e aplicativos gratuitos são sustentados pela publicidade, como mostramos com alguns dados acima. Além disso, a publicidade não é, nem de perto uma preocupação dos usuários de internet – nos EUA, somente 4,4% consideram anúncios direcionados como o maior problema da internet;

(v) Transparência e Controle do Usuário. O setor tem desenvolvido ferramentas interessantes para garantir o exercício de direitos de titulares. Consent Management Platforms (CMPs) e Privacy Dashboards são alguns exemplos que permitem aos titulares confirmar a existência de tratamento, acesso, correção, exclusão de dados, portabilidade e revogação do consentimento.

É importante lembrar que **o usuário sempre será o centro de tudo, e não a lei.** A LGPD foi feita para respeitar a privacidade das pessoas, mas também tem como fundamentos a autodeterminação informativa e liberdade de expressão e comunicação. Nesse sentido, é dever inescusável das empresas desenvolver uma experiência de privacidade para seus consumidores, **e dever da Autoridade Nacional de Proteção de Dados não criar barreiras tecnológicas para o setor e experiências ruins para usuários.** Não é uma tarefa simples, e exige responsabilidade de governos e empresas para balancear todos os aspectos importantes da LGPD, sempre com o objetivo comum de contribuir para o desenvolvimento econômico e social do País.

9/ Influenciadores digitais: melhores práticas para as publicações



Vitoria Maciel
Pedro H. Ramos
Ana Flávia Ferreira

O número de anúncios realizados por influenciadores digitais tem crescido de forma significativa nos últimos anos. Atualmente, no Brasil, [2 em cada 3 empresas brasileiras utilizam influenciadores em sua estratégia digital](#). Trata-se de uma técnica conhecida como “marketing de influência”, que possibilita a diversas marcas divulgarem seus produtos ou serviços nas redes sociais, atingindo um grande número de pessoas.

O apelo desse método de publicidade deve-se à informalidade com a qual os influenciadores divulgam os produtos ou serviços das marcas anunciantes, integrando os anúncios à sua rotina usual de postagens, o que gera um vínculo mais próximo dos seguidores com o conteúdo. Contudo, os influenciadores também estão sujeitos a normas de regulação publicitária, e devem exercer essa função com responsabilidade, para que suas opiniões pessoais espontâneas não se confundam com parcerias e conteúdos publicitários.

[A contratação dos influenciadores deve sempre observar o princípio da identificação publicitária, relacionado ao dever de transparência na comunicação com o consumidor](#). Este princípio está presente no Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), em seu artigo 36, que dispõe que a publicidade deve ser sempre veiculada de forma que seja facilmente identificada como tal pelo consumidor.

Esta obrigação também foi regulamentada pelo CONAR em seu Código Nacional de Autorregulamentação Publicitária, nos artigos 23 e 28:

“Artigo 23 - Os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade.”

“Artigo 28 - O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação”

Considerando esse cenário, destacaremos abaixo algumas recomendações aos anunciantes e influenciadores de boas práticas no atendimento ao dever de identificação publicitária na veiculação de anúncios online.

i) Quando informar que a publicação é publicitária?

De modo geral, sempre que o influenciador receber um retorno financeiro ou benefício em troca da divulgação de um produto ou serviço, deve-se fazer a identificação publicitária. Vale destacar:

(i) estas recompensas não se limitam a remuneração em dinheiro, basta que algo de valor seja concedido em troca da menção ao produto ou serviço;

(ii) quando a marca conceder ao influenciador produtos gratuitos, serviços com descontos ou outras vantagens, é importante que o influenciador deixe claro que obteve esse benefício, mesmo que ele não tenha uma parceria com a marca e que ela não tenha pedido que o influenciador falasse sobre o produto ou serviço; e

(iii) mesmo parcerias de longa duração devem ser sempre indicadas a cada publicação publicitária, para contemplar eventuais novos seguidores.

Caso o influenciador pretenda apenas mostrar determinado produto ou serviço para comentá-lo ou mesmo elogiá-lo espontaneamente, sem que ele tenha qualquer relação comercial prévia (ainda que informal) com a marca em questão, não é necessário fazer esse alerta.

ii) Como informar os seguidores?

1. A identificação publicitária deve ser posta em local de fácil visualização e acesso pelo público.

(i) não é indicado inserir tags referentes à identificação publicitária em meio a várias outras dispostas na descrição da publicação e tampouco colocá-las ao final do texto, de forma que seja necessário selecionar opções como “ler mais” para visualizá-las;

(ii) se a publicação for realizada através de imagens estáticas ou vídeos curtos, como no Snapchat ou Instagram Stories, o ideal é inserir o aviso publicitário em cima da imagem e por tempo suficiente para que o usuário possa vê-lo e compreendê-lo;

(iii) caso a publicação seja feita em formato de vídeos longos, como no YouTube, a identificação publicitária deve estar presente não apenas na descrição, mas também ao longo do vídeo, preferencialmente sendo também falada; e

(iv) nas hipóteses de live streams, é importante que o influenciador comente sobre a parceria com a marca mais de uma vez, para ter certeza de que as pessoas que acessaram o vídeo em momentos distintos tenham ciência da publicidade.

2. É preciso utilizar uma linguagem clara e simples.

(i) esclarecimentos como “Obrigado, [Nome da Marca], pelo [produto] grátis” podem ser suficientes, desde que dispostos de forma visível;

(ii) as tags publicitárias nas descrições das publicações devem, preferencialmente, ser escritas por extenso para uma melhor visualização (como #publicidade ou #anúncio). Termos abreviados como #publi ou #ad podem ser confundidos em meio ao texto da legenda, ou não ser de conhecimento de parte do público; e

(iii) as tags são indispensáveis mesmo em plataformas com espaço limitado de palavras, como o Twitter;

3. As informações sobre a publicidade devem ser escritas ou ditas em português, para uma melhor compreensão dos seguidores.

4. As ferramentas de divulgação da plataforma devem ser utilizadas em conjunto com as demais recomendações aqui mencionadas.

Conclusão

A cultura de transparência é essencial na publicidade online, sobretudo no contexto das redes sociais. Assim, cabe aos anunciantes e influenciadores observar as normas do CDC e do Código do CONAR, de forma a possibilitar a identificação publicitária de forma clara aos seus seguidores.

Não há na regulação deste tema um passo-a-passo sobre a forma correta de se indicar o caráter publicitário de uma publicação. No entanto, as medidas aqui sugeridas podem facilitar sua identificação pelos seguidores e demonstrar a boa-fé da marca e do influenciador na comunicação. É importante, neste sentido, ter em mente que a internet é navegada por pessoas de diferentes idades, profissões e vivências e a forma como a publicidade online é indicada neste ambiente deve ser pensada para todas elas.

Referências Bibliográficas:

FEDERAL TRADE COMMISSION. Disclosures 101 for Social Media Influencers. Publicado em novembro de 2019. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/plain-language/1001a-influencer-guide-508_1.pdf. Acesso em: 09/12/2019.

FELICÍSSIMO, Laura Rodrigues da Cunha; CAMARA, Dennys Eduardo Gonsales; REUBEN, Haloá Lucas Silva; DE OLIVEIRA, Thaís Hirata; COSTA, Yara Cristina Leal Girasole; FERREIRA, Fernanda Maellaro; RAMOS, Pedro H., ANDRADE, Andressa Bizutti; VALENTIM, Giovanna e GHERINI, Pamela Michelena De Marchi. Manual Jurídico: Influenciadores Digitais. Baptista Luz Advogados. Publicado em: 23/04/2019. Disponível em: <https://baptistaluz.com.br/institucional/manual-juridico-sobre-influenciadores-digitais/>. Acesso em: 06/12/2019.

MACEDO, Fabiana. Os influenciadores estão na mira. Meio&Mensagem. Publicado em: 02/10/2019. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/opiniao/2019/10/02/os-influenciadores-estao-na-mira.html>. Acesso em: 13/12/2019.

POLITI, Cassio. 2 em cada 3 empresas brasileiras usam influenciadores na estratégia digital, conclui pesquisa. Influency.me. Publicado em: 03/05/2019. Disponível em: <https://www.influency.me/blog/pesquisa-youpix-2019/>. Acesso em: 09/12/2019.

10/ Filtros: perspectivas e desafios jurídicos na publicidade



Ana Paula Varize Silveira
Vitória Maciel

Desde sua criação, Facebook e Instagram (as “Plataformas”) buscam inovar através da criação de novas ferramentas, com o intuito de se tornar cada vez mais atrativas para seus usuários. Uma novidade recente e que tem se mostrado bastante popular – são os filtros, “elementos criativos que usuários [das Plataformas] podem incluir em fotos e vídeos”¹.

Inicialmente, as opções de filtros se limitavam àquelas disponibilizadas pelas próprias Plataformas, mas, mais recentemente, a Spark AR² e aplicações similares, trouxeram a possibilidade de que os próprios usuários criassem filtros e os disponibilizassem para o público em geral.

Assim como os stories, os posts patrocinados e outros recursos disponíveis nas Plataformas, os filtros se projetam no mercado como instrumentos com bom potencial para a prática de publicidade, uma vez que permitem a interatividade entre a marca e os consumidores. Tendo isso em vista, esse artigo se propõe a analisar de forma breve alguns aspectos e desafios jurídicos relacionados aos filtros³.

Vale pontuar, em primeiro lugar, que tanto as Plataformas, quanto a Spark AR, preveem a possibilidade de criação e disponibilização de filtros para fins publicitários⁴. No entanto, os termos de uso dessas plataformas estabelecem alguns requisitos técnicos que devem ser observados. Tais requisitos são especialmente importantes, pois a disponibilização dos filtros depende de aprovação prévia da Spark AR⁵, de modo que, caso não sejam observados, há chances razoáveis de os filtros não serem aprovados (e o investimento em seu desenvolvimento, ser perdido, portanto).

Alguns deles coincidem com obrigações regulatórias e autorregulatórias. Um exemplo nesse sentido, já bastante conhecido pelo mercado, é o identificação publicitária dos filtros⁶. Outros são mais específicos, como o formato de inserção de logomarcas nos filtros: dentre os requisitos mencionados nesse tema, destacamos que os logos devem aparecer como uma parte natural do filtro (devendo, por

¹Spark AR and Frame Studio Terms: “Effects” means the creative elements Users can add to a photo or video.” (Tradução livre). Acesso em: 13 jan. 2020

²A Spark AR foi lançada no Instagram no segundo semestre de 2019 e, desde então, já se percebe uma adesão relevante de usuários e usuárias aos filtros disponibilizados na Plataforma.

³Para elaboração desse artigo, analisamos termos de uso disponíveis no Facebook e Instagram, além de termos da própria Spark AR: Instagram Effects that Promote Brands or Products, Spark AR Review Policies, Spark AR and Frame Studio Terms e Instagram Effects that Promote Brands or Products. Acesso em: 08 jan. 2020. Não analisamos termos de uso ou quaisquer outros documentos de outras aplicações similares à Spark AR.

⁴Conforme preveem Spark AR and Frame Studio Terms, Instagram Effects that Promote Brands or Products e Spark AR Review Policies. Acesso em: 08 jan. 2020

⁵Conforme os termos Submitting Effects to Spark AR Hub. Acesso em: 13 jan. 2020

⁶Spark AR Review Policies. “Where the content of an effect or the account an effect is being published from promotes a brand or product, the effect must be declared as promotional when submitted for publishing to Instagram.” Acesso em: 08 jan. 2020.

exemplo, movimentar-se em conjunto com os demais atributos do filtro). Além disso, segundo os termos da Spark AR, os filtros podem conter apenas uma única logomarca⁷.

No que se refere a direitos de propriedade intelectual, os termos das Plataformas reconhecem que a titularidade dos direitos de propriedade intelectual do filtro é da pessoa que o criou (ou, então, do indivíduo que tiver obtido a cessão desses direitos). No entanto, para que tais filtros possam veicular nas Plataformas, é necessário que seu titular conceda uma autorização para tanto. Sendo assim, os termos das Plataformas estabelecem uma licença bastante ampla, que permite às Plataformas, inclusive, a edição dos filtros⁸.

Especificamente sobre a composição dos filtros em conjunto com nomes, marcas, logos e identificações relacionadas, as Plataformas pontuam que possuem o direito de publicar os filtros em conjunto com esses atributos, mas não a obrigação⁹. Isso, em conjunto com a licença para edição dos filtros pelas Plataformas, nos permite entender que as Plataformas poderão publicar o filtro sem o logo da marca (ou outra identificação eventualmente inserida no filtro), o que também pode representar uma perda no investimento realizado na ação. Assim, os filtros são uma ferramenta nova com um grande potencial para o mercado publicitário, especialmente pelo fato de serem interativos, uma vez que podem ser utilizados não só pelos influenciadores contratados para fazer publicidade das marcas, mas também pelos consumidores que se interessarem pelas animações neles trazidas. Com isso, a veiculação da marca pode ser feita não só pelo influenciador, mas por uma grande rede de usuários de Facebook e Instagram, o que pode resultar em uma maior disseminação da marca e alcance de seu conteúdo. Da perspectiva jurídica, no entanto, alguns pontos devem ser observados para obtenção de agilidade no processo de aprovação dos filtros. Outros, precisam ser mais bem endereçados pelas plataformas e aplicações, uma vez que parecem representar práticas abusivas e que podem levar à perda de tempo e dinheiro do anunciante investidos no desenvolvimento de um filtro. De todo modo, especialmente pelo fato de se tratar de um instrumento relativamente novo no mercado, é importante que acompanhem seu desenvolvimento.

⁷ Spark AR Review Policies, item 2.3.b. Acesso em: 13 jan. 2020.

⁸ "10. You own your Effect Content. You hereby grant to the Facebook Companies a worldwide, irrevocable and perpetual (subject to the applicable Deactivation Request defined below), royalty free, sub-licensable (to Users) license to copy, reproduce, modify, edit, make derivative works of, publicly perform, publicly display, distribute, communicate to the public and otherwise use your Effect Content in connection with (a) providing Users the applicable Effect through Our Products (which for the avoidance of doubt, may include modifications for technical compatibility purposes) and (b) providing you the Effect Platforms. You understand that this license includes the right for the Facebook Companies to make such Effect available to Users (subject to the applicable Deactivation Request defined below) to use the Effect with their photo or video ("User Created Content") via the features and functionality provided through Our Products and to use the User Created Content, including to download, post, and share such User Created Content (publicly, privately, or otherwise)." Disponível em < https://www.facebook.com/legal/camera_effects_platform_terms> Acesso em: 08 jan. 2020.

⁹"9. If you Submit any marks, names, logos, promotional credits, key art, title treatments, or other attribution with your Effect Content (collectively, "Attribution"), such Attribution will be deemed part of your Effect Content. We have the right, but are under no obligation, to provide such Attribution with your Effect Content. You give us the right to publicize, demonstrate or feature your use of the Effect Platforms throughout the world in perpetuity in any and all media, including but not limited to through the use of your name, brand, logos and Effect Content." Disponível em: <https://www.facebook.com/legal/camera_effects_platform_terms> Acesso em: 08 jan. 2020.

11/

Reforma tributária e impactos para a publicidade

Fernanda Maellaro Ferreira

Vitória Maciel

Thais Muchon



No Brasil, há anos discute-se sobre a necessidade de uma reforma tributária para o país, tendo em vista o sistema tributário brasileiro ser um dos mais complexos do mundo, fato que, dentre outras desvantagens, eleva os custos das empresas com burocracia para apurar e recolher os impostos.

Mais recentemente, o tema voltou a ser objeto de debates, especialmente após a aprovação da reforma da previdência. Diante desse cenário, algumas propostas de emendas à Constituição (PEC) estão sendo discutidas, no entanto, infelizmente, a maior parte delas não possuem como principal objetivo a redução da carga tributária, mas a simplificação dos procedimentos de apuração e pagamento, por meio da unificação de alguns tributos.

A PEC 45/19, a mais conhecida no país em se tratando de reforma tributária¹, foi apresentada pelo deputado Baleia Rossi em abril de 2019 e propõe modificar o texto da Constituição Federal para alterar os tributos incidentes sobre a produção e o consumo sem, no entanto, reduzir a autonomia dos Estados e Municípios. Dentre as alterações propostas pela PEC 45/2019, destacam-se:

- (i) a extinção dos seguintes tributos incidentes sobre a produção e o consumo. Imposto sobre produtos industrializados (IPI), contribuição para o Programa de Integração Social e contribuição para o financiamento da seguridade social (PIS e Cofins), imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS),

¹Há uma outra PEC sendo discutida no Senado (PEC 110/2019), no entanto, vamos tratar no presente informativo apenas da PEC 45/2019, que atualmente parece ter mais chances de aprovação.

(ii) criação de novos tributos. Imposto sobre operações com bens e serviços (IBS), nos moldes de um imposto sobre bens agregados (“IVA”), em substituição aos tributos anteriormente relacionados, e Imposto Seletivo (imposto específico, aplicável a determinados bens e serviços, visando desestimular seu consumo, como, por exemplo, cigarro);

(iii) adoção de alíquota de referência para todos os bens e serviços: a alíquota de referência, que substituiria os tributos federais (IPI, PIS e COFINS), será única, no entanto, as alíquotas de referência que substituiriam o ICMS e o ISS, cuja fixação cabe aos Estados e aos Municípios, poderá variar conforme o local.

(iv) vedação de instituição de benefícios fiscais no âmbito do IBS.

(v) não cumulatividade do IBS: o IBS seria apurado e recolhido por meio do sistema de crédito e débito, o que atualmente não ocorre atualmente, por exemplo, com o ISS, incidente sobre as prestações de serviços.

Mas, afinal, como essa proposta poderá impactar o setor publicitário?

Diante das divergências noticiadas quase que diariamente sobre a reforma e considerando que se trata de um assunto diretamente ligado a questões políticas, nos parece ainda impossível estabelecer se a reforma tributária acarretará uma redução da carga tributária, não só às empresas do setor de publicidade, como aos contribuintes de forma geral. Essa incerteza dá-se por vários motivos, dentre os quais relacionamos alguns:

a) Primeiramente, não é possível afirmar que a PEC 45/2019 será aprovada com sua redação atual (em verdade, não é possível ter segurança nem ao menos de que a PEC 45/2019 será aprovada).

b) Não é possível saber em quanto exatamente ficará a alíquota final, de modo que existe a possibilidade de aumento da carga tributária para determinados setores (ex. normalmente prestador de serviço adota o regime cumulativo do PIS/COFINS, cuja alíquota é de 3,65%, no entanto, não está claro se essa será a alíquota que será aplicada ou se será utilizada a alíquota de 9,25%, aplicável ao regime não cumulativo). Os Estados e municípios terão autonomia para fixar suas alíquotas, o que se torna mais uma incógnita de quanto será a carga tributária final aplicável a cada bem e serviço.

c) Apesar do IBS ser não cumulativo, a PEC não detalha como funcionará, na prática, a sistemática de aproveitamento dos créditos pelos contribuintes.

d) A PEC 45/2019 estabelece um período de transição, durante o qual o contribuinte teria que efetuar duas apurações (a regular e a unificada). Ou seja, mais trabalho para o contribuinte sem ter a redução da carga tributária.

Portanto, reconhecemos a necessidade de uma reforma no sistema tributário brasileiro, no entanto, ainda nos parece prematuro fixar um juízo de valor quanto à efetividade e eficiência das reformas atualmente discutidas, diante das constantes incertezas que as rondam.



ADVOCADOS

www.baptistaluz.com.br

