

Os últimos meses foram cercados de discussões importantes para o setor publicitário, algumas delas impulsionadas pelo avanço da pandemia. Nossa equipe de [Mídia Digital, Publicidade e Entretenimento](#) acompanhou de perto essas discussões e consolidou nestes insights temas que tendem a ter repercussão também no ano de 2021.

Em sua quinta edição, esse guia apresenta não só essas discussões, mas também faz análises críticas sobre temas atuais e introduz as novidades do mercado e que devem continuar a bombar esse ano.

Se antes já falávamos sobre a necessidade de cuidados específicos e responsabilidade para despertar a confiança do público e da sociedade, estes temas tornam-se ainda mais relevantes neste ano.

[Confira o índice](#)



Índice

- 1** — Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais do CONAR: principais contribuições ao marketing de influência
P.4
- 2** — Arrecadação de direitos pelo ECAD e UBEM em *lives*
P.10
- 3** — Publicidade e “Fake News”: boas práticas contratuais
P.14
- 4** — ANCINE e os segmentos “outros mercados” e “vídeo doméstico”
P.19
- 5** — *E-games* e a profissionalização do mercado
P.23
- 6** — Influenciadores Virtuais: o que são, onde vivem e do que se alimentam
P.27
- 7** — A programação linear de conteúdo audiovisual na internet: classificação e considerações
P.32
- 8** — Promoções comerciais em redes sociais
P.37
- 9** — Publicidade Digital e o Legítimo Interesse: pensando a publicidade direcionada de acordo com a LGPD
P.41



01

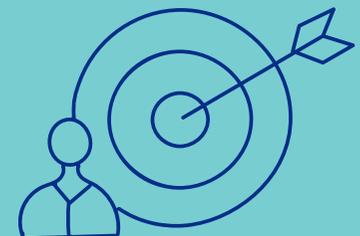
Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais do CONAR: principais contribuições ao marketing de influência

Ana Paula Varize Silveira

Andressa Bizutti

Bruna Castanheira

Vitoria Maciel



1. O crescimento da presença de influenciadores em ações publicitárias e o CONAR:

A presença de influenciadores digitais em campanhas publicitárias tem crescido, de modo que os investimentos em influenciadores e nos mercados que os cercam têm aumentado exponencialmente nos últimos anos, tornando crescente a relevância deste setor. De acordo com a pesquisa de 2020 realizada pela Kantar Ibope Media em conjunto com a Squid, 95% das empresas entrevistadas - que incluem anunciantes e agências que trabalham com marketing de influência no Brasil - afirmaram que investiriam em marketing de influência durante 2020. Em relação ao orçamento de 2019, 55% das empresas afirmaram que o orçamento dedicado ao marketing de influência seria mantido ou ampliado, sendo que 84% das entrevistadas afirmaram que até 20% de seus orçamentos seria investido em marketing de influência¹.

Em decorrência do crescimento deste mercado, verificou-se uma presença relevante de casos levados à apreciação do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (“CONAR”) envolvendo essa prática, por aparentarem algum tipo de irregularidade em relação ao disposto no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (“Código do CONAR” ou “CBAP”).

De acordo com as estatísticas de 2020 publicadas pelo CONAR, **252 casos foram julgados pelo órgão neste período**². Deste total, constatamos³ que 51 dos casos envolveram influenciadores digitais, o que representa aproximadamente **20,2% do total de casos julgados pelo órgão durante o ano de 2020**.

Em 47 dos 51 casos mencionados (cerca de 92,15% das decisões dos casos envolvendo influenciadores, portanto) o CONAR entendeu que havia algum tipo de irregularidade no anúncio e atribuiu sanções previstas no CBAP, que incluem a alteração do anúncio, sua retirada

¹ Kantar IBOPE Media e Squid. O Marketing de Influência no Brasil. Objetivos, Desafios, Barreiras e Perspectivas para 2020. Disponível em: <<https://www.kantaribopemedia.com/estudos-type/o-marketing-de-influencia-no-brasil-kantar-ibope-media-squid/>>. Acesso em 23 de fev. 2021.

² Disponível em “Decisões”, “Estatísticas”, do site do CONAR: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 22 fev. 2021.

³ A fim de verificar a quantidade de casos envolvendo influenciadores, as infrações por eles cometidas e as decisões aplicadas pelo CONAR nestes casos, realizamos uma pesquisa no banco de decisões que consta no site deste órgão, considerando, para a análise, as ementas dos casos julgados no ano de 2020. Para a definição do recorte da análise, consideramos as definições de influenciador digital e marketing de influência desenvolvidas pelo próprio CONAR no Guia de Orientação de Publicidade por Influenciadores Digitais. Os dados apresentados neste texto são uma atualização da pesquisa realizada no nosso “Manual Jurídico – Influenciadores Digitais”, disponível em: <<https://baptistaluz.com.br/institucional/manual-juridico-influenciadores-digitais/>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

de veiculação e/ou aplicação de advertência ao influenciador e/ou aos anunciantes⁴.

Entre as irregularidades mencionadas, constatamos que o problema central das publicações de influenciadores dizia respeito à **ausência de identificação publicitária**⁵, que ocorre quando a divulgação do produto ou serviço não deixa evidente a natureza publicitária de tal veiculação⁶, o que pode levar o consumidor a pensar que a publicação se trata de opinião pessoal e espontânea do influenciador⁷.

De acordo com os dados que levantamos, aproximadamente 68,6% dos casos envolvendo influenciadores digitais estão relacionados à falta de identificação publicitária, que, apesar de contrária ao Código de Defesa do Consumidor (“CDC”)⁸ e ao Código do CONAR, mostra-se recorrentemente praticada pelos influenciadores.

Apenas com estas amostras que trouxemos, já podemos compreender que havia a necessidade de consolidação de melhores práticas e orientações para uma prática mais transparente de publicidade por influenciadores digitais. Assim, em 08 de dezembro de 2020, o CONAR publicou o [“Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais”](#), aprovado pelo Conselho Superior da entidade⁹.

Este trabalho é fruto do CONAR, formado em 2019, e que conta com a participação de representantes da Associação Brasileira dos Anunciantes (ABA), Associação Brasileira das Agências de Publicidade (ABAP), Associação Brasileira das Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), Interactive Advertising Bureau Brasil (IAB) e o Conselho de Ética e Corpo Técnico do CONAR.¹⁰

Em suma, o Guia objetiva promover melhores práticas para o desenvolvimento de uma publicidade responsável em mídias sociais. Ele “apresen-

⁴ Art. 50 do CBAP.

⁵ De acordo com o CONAR, dos 189 casos instaurados por consumidores (6º gráfico das estatísticas do CONAR), 19,3% envolvem ausência de identificação publicitária, o que demonstra que a irregularidade não está restrita aos influenciadores, apesar de ser praticada por eles de forma recorrente. Disponível em “Decisões”, “Estatísticas”, no site do CONAR, em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

⁶ No caso de posts em redes sociais, por exemplo, podemos citar as conhecidas hashtags, como #publicidade, #publi, #anúncio.

⁷ BAPTISTA LUZ. Manual Jurídico – Influenciadores Digitais. Disponível em: <https://baptistaluz.com.br/wp-content/uploads/2021/01/Bluz_manual-influenciadores-digitais.pdf>. Acesso em: 23 de fev. 2021.

⁸ O dever de transparência é uma obrigação prevista no artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor (CDC): “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

ta orientações para a aplicação das regras do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária ao conteúdo comercial em redes sociais, em especial aquele gerado pelos Usuários, conhecidos como “Influenciadores Digitais” ou “Influenciadores”¹¹.

O Guia contribui não só para incentivar uma prática ética e transparente de publicidade, como também traz orientações e entendimentos sobre outras questões, que até então apresentavam um entendimento bastante controverso no mercado, como era o caso dos “recebidos” e sua classificação como publicidade ou como uma ação de relações públicas (PR).

O Guia, então, se divide em quatro partes:

- publicidade por influenciador;
- mensagem ativada (“recebidos/brindes”);
- conteúdo gerado pelo usuário sem relação com o anunciante ou agência; e
- ações de conscientização¹².

Resumidamente, segundo o Guia, configura uma publicidade por influenciador a mensagem de terceiro que for “destinada a estimular o consumo de bens e/ou serviços, realizada pelos chamados Influenciadores Digitais, a partir de contratação pelo Anunciante e/ou Agência.”¹³ Ainda, para ser considerada publicidade, o CONAR entende que a mensagem apresenta três elementos cumulativos, em geral: a divulgação de produto, serviço, causa ou outro sinal a eles associado; a compensação ou relação comercial, ainda que não financeira, com Anunciante e/ou Agência; e um controle editorial exercido pelo Anunciante e/ou Agência na postagem do Influenciador¹⁴. A seguir, apontaremos as principais con-

⁹“CONAR LANÇA GUIA DE PUBLICIDADE POR INFLUENCIADORES DIGITAIS”. Disponível em “Notícias” de “Dezembro de 2020”, do site do CONAR: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 23 de fev. 2021.

¹⁰ Idem.

¹¹ CONAR. Guia de publicidade por influenciadores digitais. P. 2. Disponível em <http://conar.org.br/pdf/CONAR-Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf>. Acesso em 15 de dez. 2020.

¹² BAPTISTA LUZ. Manual Jurídico – Influenciadores Digitais. Disponível em: <https://baptistaluz.com.br/wp-content/uploads/2021/01/Bluz_manual-influenciadores-digitais.pdf>. Acesso em: 23 de fev. 2021.

¹³ CONAR. Guia de publicidade por influenciadores digitais. P. 3. Disponível em < Guia de publicidade por influenciadores digitais>. Acesso em 15 de dez. 2020.

¹⁴ Idem. p. 3.

tribuições do Guia.

2. As principais contribuições do Guia:

Como já mencionado, uma das maiores preocupações do Guia é garantir que a relação entre os influenciadores e seus seguidores seja ética e transparente, ou seja, que sempre seja revelada a motivação de uma postagem quando difundida pelo influenciador a partir de interação com anunciante e/ou agência.

Segundo o documento, esclarecer para os seguidores que há uma relação entre influenciador e anunciante e/ou agência promove uma “correta e leal comunicação com o público, bem como cumpre com o dever de ostensividade e identificação publicitária”¹⁵ previsto no CBAP e no CDC.

Para orientar e auxiliar na identificação de conteúdo patrocinado e esclarecer a relação com as empresas responsáveis pelas marcas divulgadas, o CONAR também publicou a “Tabela Prática para Influenciadores”¹⁶, que contém orientações para como fazer, na prática, a identificação publicitária das postagens. Recomenda-se, por exemplo, expressões como “#publicidade” e “#anúncio”. Ainda, expressões como “#parceiro” e “#colaboração” devem ser evitadas por não deixarem claro que o conteúdo é patrocinado. Da mesma forma, não se recomenda o uso de expressões estrangeiras, como #ad, pois podem não ser compreendidas.¹⁷

Além das obrigações de identificação publicitária, influenciadores digitais e anunciantes que utilizam dessa estratégia de comunicação, **devem cumprir com todas as demais regras aplicáveis à publicidade que realizam**¹⁸. Assim, por exemplo, anunciantes de bebidas alcoólicas, além de cumprir com obrigações legais relacionadas a tal consumo, devem cumprir com as normas do CONAR específicas a tal tema.

¹⁵ Idem. p. 15.

¹⁶ Idem. p. 18.

¹⁷ Idem. p. 19.

¹⁸ Idem. p. 5.

Quanto às **mensagens ativadas** (popularmente conhecidas como “recebidos” ou “brindes”), o Guia determina que estas podem não configurar anúncios se os requisitos para que seja qualificado como publicidade não estejam presentes¹⁹. Contudo, vale notar que, mesmo nesses casos, ainda existe o dever de transparência, uma vez que o recebimento do benefício pode afetar o teor da mensagem transmitida e a forma como essa é recebida pelo consumidor²⁰.

Também não configura publicidade para o CONAR, em regra, o conteúdo que for gerado por usuário sem que exista relação com o anunciante ou agência (ou seja, comunicações feitas de “maneira espontânea”)²¹. Todavia, **caso o anunciante ou agência compartilhe** as mensagens de usuários em seus perfis ou canais oficiais, **este conteúdo ganhará natureza publicitária**²².

Devido ao caráter dinâmico das comunicações e práticas digitais, o órgão alerta que os cenários acima citados são exemplificativos e o caso a caso deve ser observado, desde que pautado no princípio da transparência, priorizando a clareza na comunicação dos influenciadores com seus seguidores. A revisão dessas categorizações será realizada constantemente pelo CONAR, dentro de contextos específicos²³.

Para além de cuidados e melhores práticas envolvendo a identificação publicitária, existe uma série de outros pontos que os influenciadores, agências e anunciantes devem estar atentos ao executar suas atividades. A equipe do Baptista Luz Advogados mapeou várias destas especificidades envolvendo a profissão dos influenciadores na publicação “Manual Jurídico – Influenciadores Digitais”. Para acessar o conteúdo, basta [clique aqui](#).

¹⁹ Idem. p. 5.

²⁰ Idem. p. 5.

²¹ Idem. p. 6.

²² Idem. p. 6.

²³ Idem. p. 10.

02 Arrecadação de direitos pelo ECAD e UBEM em lives

Tatiana Carneiro Resende

Ana Flávia Ferreira



Quem pode recolher direitos autorais?

A Lei n. 9.610/98, também conhecida como “Lei de Direitos Autorais” autoriza que entidades representativas de titulares de direitos autorais realizem a cobrança de quaisquer direitos autorais em nome de seus associados.

Contudo, a Lei de Direitos Autorais concede esta permissão apenas a entidades **regularmente habilitadas** em órgão da Administração Pública Federal¹. Com a extinção do Ministério da Cultura, o órgão encarregado desta habilitação atualmente é a Secretaria Especial de Cultura, subordinada ao Ministério do Turismo.

Nos últimos tempos, com a ascensão das “lives musicais” durante a pandemia do Coronavírus, duas entidades têm despontado entre as mais atuantes no segmento da música:

- (i) o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (“Ecad”), composto por 7 (sete) associações² e responsável pela arrecadação e distribuição dos direitos autorais decorrentes da execução pública musical³; e
- (ii) a União Brasileira de Editoras de Música (“Ubem”), responsável pela arrecadação e distribuição, em nome das editoras de música, de direitos autorais decorrentes da associação de obras musicais a marcas, serviços ou produtos em ações publicitárias.

¹ Art. 98-A da Lei de Direitos Autorais.

² Abramus (Associação Brasileira de Música e Artes), Amar (Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes), Assim (Associação de Intérpretes e Músicos), Sbacem (Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música), Sicam (Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais), Socinpro (Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais) e UBC (União Brasileira de Compositores).

³ Artigo 68 §2º da Lei de Direitos Autorais.

⁴ Artigo 68 §2º da Lei de Direitos Autorais.

⁵ REsp 1567780/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 21/03/2017.

⁶ Transmissão de áudio e vídeo utilizando a tecnologia *streaming*.

Ecad

O Ecad centraliza a arrecadação e distribuição dos direitos autorais de **execução pública** musical no Brasil. Por execução pública, a Lei de Direitos Autorais considera “a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas [...] ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de **frequência coletiva**⁴ [...]”, como é o caso, por exemplo, de serviços de radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, incluindo a exibição cinematográfica.

Recentemente, o Supremo Tribunal de Justiça (“STJ”) decidiu⁵ que a internet é um local de frequência coletiva, sendo o *streaming* uma forma de execução pública de conteúdo protegido por direitos autorais. Assim, podemos considerar que o tribunal entende que é devido o recolhimento dos direitos autorais sobre obras veiculadas na Internet em tempo real - *livestreaming*, mais conhecido como “*lives*”.

Como existem diferentes tipos de execução musical, o Ecad estabeleceu diferentes parâmetros de cobrança. Entre esses parâmetros, ele já previa a modalidade de “*webcasting*”⁶, nas modalidades “sob demanda” e “conteúdo diverso”.

Todavia, tendo em vista o grande sucesso das *lives* musicais patrocinadas realizadas em meados do ano de 2020, o Ecad comunicou, em junho do mesmo ano, uma nova forma de cobrança, calculada sobre **o valor do patrocínio dos shows transmitidos ao vivo, a ser paga pelas plataformas e marcas patrocinadoras/promotoras do evento**⁷.

⁷ ECAD. Tire suas dúvidas sobre as lives patrocinadas. Disponível em: <https://www3.ecad.org.br/em-pauta/Paginas/lives-patrocinadas-ecad-perguntas-e-respostas.aspx>. Acesso em 27.11.2020.

⁸ ECAD. Tabela de Preços. Serviços Digitais. Disponível em: <https://www3.ecad.org.br/uso-musica/tabela-de-precos/Paginas/default.aspx>. Acesso em 27.11.2020.

⁹ ECAD. Segundo o artigo 11 do Regulamento do Ecad, “[...] consideram-se como elementos formadores da receita bruta do usuário toda receita relacionada à execução pública musical, tais como, mas não limitados a: venda de ingressos, entradas, convites, couvert artístico, venda de mortalhas, abadás, camisetas, consumação obrigatória, aluguéis de mesa, comercialização de anúncios ou espaços publicitários, patrocínios, apoios, incentivos, venda de recipientes para festivais de bebidas, assinaturas, qualquer outra modalidade de receita, ainda que implícita, sempre que relacionadas com a execução pública musical”.

Essa nova modalidade de cobrança, definida como “Transmissão de Eventos Musicais por meio da Internet”, inclui a opção de “show ao vivo (*lives*), transmitido simultaneamente”⁸, no percentual de 7,5% sobre a **receita bruta do show**⁹. A entidade divulgou que seria praticado o percentual de 5% até o dia 30 de dezembro de 2020.

Ubem

Quando o Ecad divulgou a nova cobrança voltada para as *lives* musicais, suas comunicações na mídia mencionavam uma outra entidade: a Ubem, que para muitos era ainda desconhecida.

A Ubem informou, à época, que também passaria a realizar a arrecadação de direitos autorais pela associação de obras musicais a marcas, serviços ou produtos em ações publicitárias durante a realização de *lives* musicais patrocinadas. A retribuição, provisoriamente, seria de 5% sobre a receita de publicidade ou ações publicitárias obtidas com cada live, quando houvesse patrocínio¹⁰, assim como no caso do Ecad. Não houve, contudo, divulgação do valor praticado após dezembro de 2020.

Importa ressaltar, no entanto¹¹, que em nossa última consulta realizada junto à Secretaria de Cultura, acerca da lista das entidades regularmente habilitadas para a cobrança de direitos autorais, não identificamos a Ubem entre os nomes fornecidos pela Secretaria. Tentamos contato com a entidade acerca desta questão mas, até a presente data, não houve retorno.

¹⁰ ECAD. Ecad e Ubem comunicam a cobrança de *lives* patrocinadas. Disponível em: <https://www3.ecad.org.br/em-pauta/Paginas/ecad-ubem-lives-patrocinadas.aspx>. Acesso em 27.11.2020.

¹¹ Consulta realizada em julho de 2020 por meio do Portal de Transparência do Governo Federal.

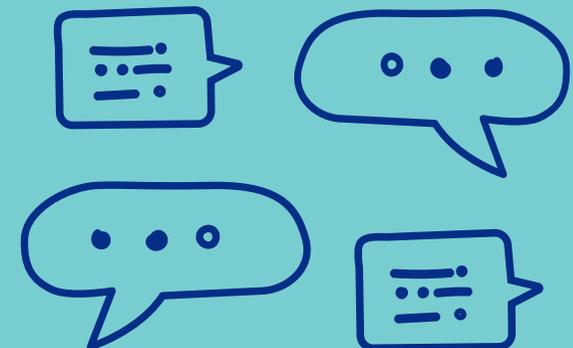
03

Publicidade e “Fake News”: boas práticas contratuais

Ana Paula Varize Silveira

Andressa Bizutti

Giovanna de Marco



Em 2020, o Tribunal de Contas de União determinou que o Banco do Brasil suspendesse a veiculação de seus anúncios publicitários em sites, blogs, portais e redes sociais – com exceção dos vinculados a empresas concessionárias de serviços de radiodifusão e dos jornais e revistas existentes há mais de 10 anos¹. Segundo o tribunal, o objetivo da decisão era suspender a veiculação de publicidade em plataformas usualmente conhecidas por propagar desinformação (popularmente chamadas de “fake news”). A partir daí, a discussão sobre a desinformação tomou grandes proporções, resultando, por exemplo, na apresentação de diversos projetos de leis (como o PL n. 2.927/2020 e PL o n. 2.630/2020).

Acontecimentos como esse puseram o tema da veiculação de publicidade em sites que promovem desinformação em um nível de evidência que chegou para ficar. Entretanto, mesmo antes desse fato, o mercado publicitário já tinha elaborado possíveis soluções para esses problemas².

Especialmente através de boas práticas e de novas tecnologias, há o empenho do setor em desenvolver mecanismos para evitar a inserção de publicidade em veículos e plataformas de comunicação que propaguem não só desinformação, mas representem um contexto desfavorável para ser relacionado à marca. São exemplos neste sentido, sites que disponibilizam conteúdo manifestamente ilícito (como pornografia infantil) ou conteúdo que, quando associado à marca, pode trazer um prejuízo reputacional a ela (como pornografia adulta).

Falaremos a seguir, brevemente, sobre algumas dessas tendências e, após, faremos considerações sobre a forma como elas podem ser inseridas em instrumentos contratuais para proteger as partes envolvidas.

¹ “...com fundamento no art. 276, caput, do Regimento Interno deste Tribunal, DETERMINAR, cautelarmente, ao Banco do Brasil que IMEDIATAMENTE SUSPENDA qualquer veiculação de publicidade em sites, blogs, portais e redes sociais, com a exceção dos veículos mencionados no item 70, até que sobrevenha o normativo de certificação a ser elaborado pela Controladoria-Geral da União, nos termos do item “v” abaixo, ou até que este Tribunal delibere, no mérito, sobre a matéria”. TCU. Processo n. 020.015/2020-8. Relator: Bruno Dantas. Despacho contido na peça 8 dos autos e confirmado pelo Acórdão Nº 1329/2020, 01 jun. 2020.

² É fácil encontrar a discussão sobre o tema em anos anteriores a 2020, como é o caso deste infográfico de 2017, que define brand safety (boa prática da qual falaremos adiante) e apresenta medidas práticas para assegurá-la. BOAS PRÁTICAS – INFOGRÁFICO IAB BRASIL E ABA – BRAND SAFETY. Disponível em: <<https://iabbrasil.com.br/boas-praticas-infografico-iab-brasil-e-aba-brand-safety/>>. Acesso em 01/abr/2021.

Boas práticas de mercado:

Como falamos, as boas práticas já existentes vêm sendo utilizadas pelo mercado como solução para evitar que campanhas publicitárias sejam veiculadas em contextos indesejados. Aqui, mencionaremos algumas das que têm tido mais destaque: *brand safety*, *brand suitability*, *blocklist*, *wishlist* e auditorias de veiculação.

A *brand safety* consiste no conjunto de mecanismos utilizados para proteger o nome e imagem da marca de serem relacionados a conteúdos ilícitos, inidôneos ou sensíveis³. A partir dela, busca-se que os anúncios sejam veiculados em ambientes que promovam essa segurança na maior medida possível⁴. Por exemplo, consiste em prática de *brand safety* definir que os anúncios não serão veiculados em sites que propaguem desinformação ou contenham conteúdo pornográfico.

A *brand suitability*, por sua vez, é a identificação de aspectos que melhor funcionam para a marca, tais como os valores que a marca deseja demonstrar aos seus consumidores. Por meio da *brand suitability*, busca-se definir o “ambiente ideal” para um anúncio da marca⁵. É um conceito parecido com a *brand safety*, mas é considerada como um passo adiante à busca por segurança: “*brand suitability* é muito mais que só evitar posições de anúncios ao lado de conteúdos obviamente inapropriados e prejudiciais, é sobre identificar o que funciona melhor para cada marca e seus consumidores”⁶.

As definições feitas a partir da *brand safety* e da *brand suitability* permitem que o anunciante (e, se houver, a agência) realize o mapeamento dos conteúdos e/ou espaços que não devem estar associados à sua marca e crie “*blocklists*”. As *blocklists* são listas de bloqueio em que podem con-

³ Por dentro dos conceitos de brand safety e brand suitability. Disponível em <<https://exame.com/blog/iab-brasil/por-dentro-dos-conceitos-de-brand-safety-e-brand-suitability/>>. Acesso em 05/mar/2021.

⁴ A Associação Brasileira de Anunciante lançou, em março de 2021, o Guia dos Padrões de Brand Safety. ABA. Guia dos Padrões de Brand Safety. Disponível em: <http://aba.com.br/wp-content/uploads/2021/03/Aba-Brand-Safety-GARM-2403.pdf?utm_campaign=institucional_guia_de_padroes_de_brand_safety_aba_-_2_disparo&utm_medium=email&utm_source=RD+Station>. Acesso em 31/mar/2021.

⁵ “Por dentro dos conceitos de brand safety e brand suitability.” Disponível em <<https://exame.com/blog/iab-brasil/por-dentro-dos-conceitos-de-brand-safety-e-brand-suitability/>>. Acesso em 05/mar/2021.

⁶ “O caminho do brand safety para o brand suitability.” Disponível em <<https://iabbrasil.com.br/artigo-o-caminho-do-brand-safety-para-o-brand-suitability/>>. Acesso em 05/mar/2021.

star conteúdos, veículos e plataformas de mídia aos quais a marca não deve estar relacionada e, por isso, nos quais seus anúncios não devem ser veiculados.

Da mesma forma, é possível criar as “*wishlists*”, listas nas quais o anunciante informa previamente os conteúdos, veículos e plataformas de mídia nos quais seus anúncios não só podem, mas devem estar inseridos ou relacionados.

Por fim, as auditorias de veiculação são uma boa alternativa para que se tenha mais controle sobre os espaços em que a publicidade foi veiculada, já que essa verificação sem automatização é bastante difícil (para não dizer impossível)⁷.

Boas práticas contratuais:

Consideradas essas práticas de mercado, é recomendável que os contratos as prevejam como obrigações a serem observadas pelas partes envolvidas em relações contratuais relacionadas à publicidade. Abaixo, citamos algumas cláusulas nesse sentido.

Por exemplo, em contratos entre anunciantes e agências, vale incluir cláusulas que prevejam, de um lado, a obrigação de o anunciante apresentar as listas de *blocklist* e *wishlist* que entender pertinentes e, de outro, a obrigação de a agência de publicidade observar tais listas e considerá-las no planejamento das campanhas.

⁷ “Não gastaria um real em marketing digital sem auditoria”. Disponível em <<https://www.proxima.com.br/home/proxima/noticias/2017/05/09/nao-gastaria-um-real-em-marketing-digital-sem-auditoria.html>>. Acesso em 05/mar/2021.

Essa previsão é benéfica não só para o anunciante, por resguardar sua reputação e a identidade da marca, mas também para a agência, que ganha um direcionamento melhor de onde e em quais contextos deve focar as veiculações, resguardando-se de gerar danos para seus clientes por veiculações indesejadas.

Nesse mesmo sentido, recomenda-se prever a obrigação de as agências contratarem apenas veículos e plataformas de mídia reconhecidas no mercado como idôneos. Nesse caso, também há vantagens para ambos os lados: no caso dos anunciantes, mitiga-se o risco de seus anúncios serem veiculados em contextos prejudiciais à sua marca; para as agências, limita-se a responsabilidade nos casos em que, por acidente, o anúncio acabe sendo veiculado de forma irregular, caso tenha seguido essa obrigação⁸.

Por último, mas não menos importante, no que se refere ao controle das veiculações, um bom caminho consiste na previsão de cláusulas de auditorias. Quando contratam diretamente com os veículos e plataformas, os anunciantes podem recorrer às auditorias diretamente⁹, mas no caso em que há intermediação de agências, vale prever a obrigação de que as agências busquem garantir tais auditorias em nome do cliente, quando for possível.

Boas práticas vêm sendo, há tempos, implementadas pelos agentes do mercado publicitário para se evitar a veiculação de publicidade em espaços indesejados, gerando danos às marcas dos anunciantes. Os contratos, nesse cenário, têm um papel importante de fazer com que essas orientações “peguem” e ganhem adesão no mercado, fomentando um ecossistema publicitário cada vez mais sustentável.

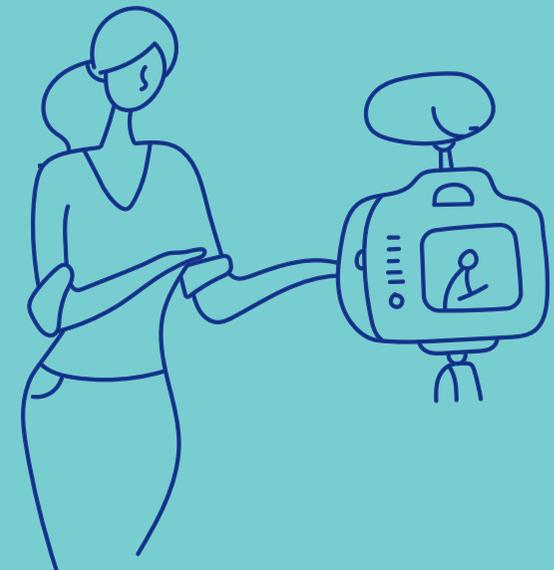
⁸ Essa discussão, é claro, não é simples e possui outras nuances importantes, mas não nos aprofundaremos nela neste artigo.

⁹ Nesse caso, parte-se de um alinhamento comercial e boa-fé, já que a compra de mídia é feita a através de pedidos de inserção, documentos que possuem valor contratual, mas são muito simples e normalmente não permitem negociação nesse sentido.

04 ANCINE e os segmentos “outros mercados” e “vídeo doméstico”

Ana Flávia Costa Ferreira

Andressa Bizutti Andrade



A Agência Nacional do Cinema (“ANCINE”) divulgou em 15 de outubro de 2020 a abertura de uma consulta pública acerca da [Notícia Regulatória nº 11-E/2020](#), referente à análise dos segmentos “outros mercados” e “vídeo doméstico” previstos no inciso VI do artigo 1º da Medida Provisória nº 2.228/01 (“MP”).

¹ANCINE. Notícia Regulatória nº 11-E/2020.

A ANCINE se propõe a investigar “a conveniência regulatória, os possíveis riscos decorrentes de sua abrangência e o impacto de tais segmentos de mercado no setor audiovisual e na arrecadação da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional (“CONDECINE”)”¹. Para isso, os agentes do setor foram chamados a prestar contribuições até o dia 16 de dezembro de 2020, quando a consulta foi encerrada.

outros mercados

Como já comentado em publicações anteriores do escritório, há controvérsia em torno da arrecadação da CONDECINE sobre o segmento definido na MP como “outros mercados”. O termo, extremamente abrangente, somente veio a ser definido em Instruções Normativas da Agência, como a IN nº 105/2012, que no parágrafo segundo de seu artigo 21 prevê: “Art. 21: (...)

§ 2º Entende-se por Outros Mercados os seguintes segmentos:

- I. Vídeo por demanda;
- II. Audiovisual em transporte coletivo; e
- III. Audiovisual em circuito restrito”

Esse artigo deu ensejo à cobrança da referida contribuição pela ANCINE sobre os serviços de Vídeo por Demanda (“VoD”), por exemplo. A medida, por sua vez, resultou em inúmeros questionamentos dos agentes fiscalizados quanto à validade da arrecadação, tendo em vista a carência de uma previsão legal específica que instituísse o fato gerador do tributo, existente apenas na IN. Assim, a ANCINE concluiu pela necessidade de elaboração de uma proposta legislativa para regulamentar a arrecadação da CONDECINE sobre o setor.

A mesma conclusão decorreu da análise dos serviços de distribuição de canais lineares na internet, como discutido em outro artigo desta publicação. A discussão também floresceu no âmbito dos serviços publicitários na internet, tendo sido fortemente debatidas as tentativas de arrecadação da CONDECINE pela Agência neste segmento sob a mesma argumentação. Note-se que nenhuma dessas modalidades de transmissão de conteúdo audiovisual sequer existia à época de publicação da MP.

Neste sentido, a ANCINE propôs a consulta pública para colher subsídios para a adequada regulação deste comando legal extremamente abrangente, considerando todos os distintivos segmentos que ele hoje pode abarcar.

vídeo doméstico

Por outro lado, o segmento definido como “vídeo doméstico²” perdeu grande parte de sua relevância, em decorrência das transformações do mercado audiovisual que levaram à obsolescência de mídias pré-gravadas como DVDs e VHS. Assim, a Agência visa também colher contribuições do mercado para avaliar a viabilidade da continuidade da arrecadação da CONDECINE sobre esse segmento.

²ANCINE. Instrução Normativa n.º 105, de 10 de julho de 2012.

“Art. 1º XLVI. Segmento de Mercado Audiovisual – Vídeo Doméstico: conjunto de atividades encadeadas, realizadas por diversos agentes econômicos, necessários para ofertar ao consumidor final, a título oneroso, obras audiovisuais em qualquer suporte de mídia pré-gravada;”

05 *E-games e a* **profissionalização do mercado**

Bruna Castanheira

Pedro H. Ramos



Em 2020 o mercado de *games* foi um dos que mais se destacou pelo seu crescimento. Nos Estados Unidos, essa indústria já representa uma parcela maior do que os mercados de cinema e esportes juntos¹. Em parte, esse crescimento se deve à pandemia da COVID-19 que, devido a quarentena, forçou as pessoas a procurarem diversas formas de entretenimento dentro de suas próprias casas. Porém, também existem fatores do mercado que impulsionaram o crescimento, como uma maior acessibilidade financeira dos aparelhos de videogame, o desenvolvimento de jogos de qualidade e que não exigem máquinas de alta performance para serem executados, a consolidação do mercado de jogos *mobile*, e a consequente profissionalização da indústria como um todo.

Só no Brasil, a Pesquisa Game Brasil 2020² revela que 73,4% do público brasileiro joga, um crescimento de 7,1% em relação a 2019. E, pela primeira vez, o *mobile* ficou na frente como plataforma preferida daqueles que jogam com maior frequência. Especificamente sobre os “*e-games*”, “esportes eletrônicos” ou “*e-Sports*”, este mercado também teve um 2020 extremamente positivo: o mercado global de esportes eletrônicos já movimentava mais de US\$ 1,1 bilhão por ano, de acordo com a pesquisa realizada pela consultoria Newzoo³. No Brasil, a mesma pesquisa indica que já em 2018, o país era o terceiro maior entusiasta de *e-games* do mundo, com 7,6 milhões de pessoas assistindo a conteúdo profissional mais de uma vez por mês. Também, a popularidade dos jogos eletrônicos está impulsionando a entrada de tradicionais clubes esportivos neste mercado: Flamengo e Corinthians, por exemplo, já possuem equipes para diversos jogos, como *Free Fire* e *Counter Strike*.

A quantidade de investimento envolvida nessa indústria faz com que startups e grandes empresas se atentem cada vez mais aos cuidados jurídicos

¹ MarketWatch. Videogames are a bigger industry than movies and North American sports combined, thanks to the pandemic. Disponível em <<https://www.marketwatch.com/story/videogames-are-a-bigger-industry-than-sports-and-movies-combined-thanks-to-the-pandemic-11608654990>>. Acesso em 11 mar. 2021.

² PGB 2020. Pesquisa Game Brasil 2020. Disponível em <<https://www.pesquisagamebrasil.com.br/pt/pesquisa-game-brasil-2020/>>. Acesso em 11 mar. 2021.

³ Newzoo. Newzoo Global Esports Market Report 2020. Disponível em <<https://newzoo.com/insights/trend-reports/newzoo-global-esports-market-report-2020-light-version/>>. Acesso em 11 mar. 2021.

necessários para que seu potencial de mercado seja atingido, de forma eficiente e segura. Preparamos a seguir alguns pontos que consideramos importantes de serem observados por aqueles que trabalham nesse ecossistema. **Alguns deles, inclusive, já foram explorados em nosso [Doing Business in Brazil: Games Industry](#).**

Os e-Sports nada mais são do que competições ou torneios de jogos competitivos onde vários jogadores se enfrentam em tempo real. Atualmente, existem inúmeras competições organizadas pelas desenvolvedoras de jogos ou pelos próprios times, em que os *gamers* se enfrentam ao vivo. Também é muito comum que os próprios jogadores façam transmissões de seus *gameplays*, online ou individual, para o público. Em se tratando de grandes eventos, devem ser observados aspectos como:

- Os jogadores e participantes devem autorizar seus direitos de personalidade (como imagem e voz) para que as transmissões possam ser feitas;
- A depender do jogo a ser transmitido em torneio, uma autorização das desenvolvedoras pode ser necessária;
- Necessário observar quais as restrições e condições trazidas nos termos de uso da plataforma utilizada para a transmissão dos jogos;
- Pode ser necessário o recolhimento de direitos autorais para órgãos como Ecad e Udem, devido às transmissões de músicas.

Em relação aos *gamers* que fazem *streaming* de seu *gameplay*, uma relevante figura tem se consolidado no mercado: os **influenciadores streamers**. A temática dos influenciadores é explorada de forma mais aprofundada em outros artigos desta publicação. Mas, para o âmbito dos esportes eletrônicos, pode ser necessário considerar a aplicabilidade da [Lei Pelé \(Lei n. 9.615/1998\)](#). Nos casos em que se opta pela aplicação desta Lei, importante se atentar que o parágrafo único do art. 87-A traz uma limitação quanto ao uso de imagem do jogador: quando houver, por parte do atleta, a cessão de direitos ao uso de sua imagem, o valor correspondente a esse uso não poderá ultrapassar 40% da remuneração total paga ao jogador. Ainda, caso o influenciador realize a divulgação de produtos e marcas durante a transmissão, é importante se atentar para as recomendações e boas práticas para realização de publicidade online que foram recentemente publicadas pelo CONAR⁴.

Apesar de movimentarem grandes investimentos e atraírem públicos gigantescos, muitas dessas práticas ainda são novidades no mercado brasileiro e, do ponto de vista jurídico, levantam dúvidas sobre quais regras são ou não aplicáveis. Importante destacar que, independentemente da regulação adotada, esta deve servir para estimular o desenvolvimento de um mercado saudável, em que todas as envolvidas possam usufruir de seu crescimento de forma eficiente, transparente e produtiva.

⁴ CONAR. Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais. Disponível em <http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf>. Acesso em 11 mar. 2021.

06

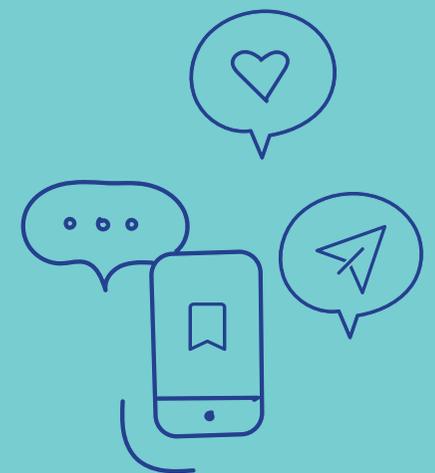
Influenciadores Virtuais: o que são, onde vivem e do que se alimentam¹

Andressa Bizutti Andrade

Ana Flávia Costa Ferreira

Ana Paula Varize Silveira

Vitoria Maciel



Nos últimos meses, tornou-se evidente um fenômeno peculiar no mundo marketing de influência: a ascensão dos influenciadores virtuais. Também chamados de *computer generated models*, os influenciadores virtuais geralmente são personagens 3D que, assim como os demais influenciadores digitais, veiculam conteúdo autoral em redes sociais (principalmente no Instagram²) como se fossem usuários humanos da plataforma.

Influenciadores virtuais são desenvolvidos a partir de tecnologias de inteligência artificial, com a ajuda de dispositivos com grande capacidade de processamento, o que resulta em sua alta qualidade gráfica³ e permite que seu aspecto físico seja muito próximo ao de um humano de verdade^{4,5}. A diferença, no caso, é que o conteúdo por eles publicado não é criado pelo próprio influenciador, mas sim pelas empresas que administram seu avatar.

Alguns deles já têm se destacado nas redes sociais e, conseqüentemente, chamado a atenção de marcas interessadas em estabelecer parcerias publicitárias. Uma pesquisa realizada em 2020 pela Hyper Auditor⁶ mostrou que influenciadores virtuais conseguem produzir um engajamento com seus seguidores três vezes maior do que influenciadores digitais comuns.

Seguindo essa tendência, algumas marcas vêm criando seus próprios influenciadores virtuais. Há casos em que tais influenciadores atuam como seus embaixadores, aparecendo nas redes sociais da marca ou em seus perfis individuais de rede social⁷. Outras empresas têm utilizado modelos virtuais como manequins para a exposição de seus produtos nos sites e perfis de redes sociais das marcas⁸.

¹ Esta é uma atualização do artigo originalmente publicado na "Série Transformando o Direito", disponível em: <https://baptistaluz.com.br/espacostartup/transformando-o-direito-influenciadores-virtuais/>

² Disponível em: <<https://www.harvard.co.uk/the-rise-of-ai-powered-influencers/>> Acesso em 20 de maio de 2020.

³ Disponível em: <<https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/03/04/influenciadores-irreais-nao-existem-no-mundo-real-mas-movimentam-milhoes.htm>> Acesso em 27 de maio de 2020.

⁴ Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/forbesbusinesscouncil/2020/01/16/the-dark-side-of-deepfake-artificial-intelligence-and-virtual-influencers/#2b91d1b61cd9>> Acesso em 20 de maio de 2020.

⁵ Veja, por exemplo a influenciadora virtual Imma, considerada a mais semelhante à figura humana. Disponível em: <<https://www.instagram.com/imma.gram/?hl=pt-br>> Acesso em 20 de maio de 2020.

⁶ Disponível em: <https://hypeauditor.com/blog/the-top-instagram-virtual-influencers-in-2020/#Virtual_Influencers_Engagement_Rate> Acesso em 26 de novembro de 2020.

A Lu do Magalu, por exemplo, é a influenciadora virtual com maior número de seguidores no momento⁹, possuindo atualmente 4,2 milhões de seguidores no Instagram¹⁰. Esta personagem que embora tenha inicialmente sido criada como um desenho 2D, hoje possui uma versão 3D, bastante articulada, que se apresenta como a "especialista digital" da companhia, como explica em seu próprio canal no YouTube¹¹. A Lu também possui um blog próprio e perfis no Facebook, Twitter, Instagram e TikTok, onde interage com o público e fala sobre as novidades da marca e as novas tendências em tecnologia.

benefícios

Se, de um lado, com o uso dos influenciadores virtuais, perde-se parte da espontaneidade e criatividade dos influenciadores "reais", de outro, essas personagens podem oferecer algumas vantagens para as marcas:

i. maior agilidade na produção de conteúdo

manter um influenciador "da casa" dispensa a necessidade de negociar condições com terceiros, firmar contratos, acompanhar o cumprimento de prazos etc. Basta definir a estratégia e executá-la internamente utilizando o influenciador virtual, com recursos da própria empresa.

ii. simplificação da produção

a produção do conteúdo frequentemente é realizada totalmente em meio digital, sem a necessidade de mobilização de uma grande equipe em estúdio ou locação, o que pode ser favorável em tempos de pandemia e isolamento social.

⁷ Exemplo recente é o da Kenna, criada pela marca Essence Cosmetics. Disponível em <<https://www.instagram.com/thisis.kenna/>> Acesso em 21 de maio de 2020.

⁸ Exemplo: Mara (Amaro). Disponível em: <<https://exame.com/marketing/distanciamento-social-faz-amaro-criar-modelo-virtual-hiperrealista/>> Acesso em 25 de maio de 2020.

⁹ Disponível em: <https://hypeauditor.com/blog/the-top-instagram-virtual-influencers-in-2020/#Virtual_Influencers_Engagement_Rate> Acesso em 26 de novembro de 2020.

¹⁰ Disponível em: <<https://www.instagram.com/magazineluiza/?hl=pt-br>> Acesso em 26 de novembro de 2020.

¹¹ 5 fatos sobre mim - Canal da Lu - Magalu - Canal da Lu. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Xb8SS7u0KGs>> Acesso em 16 de junho de 2020.

iii. minimização de atrasos e imprevistos

influenciadores virtuais não adoecem ou ignoram o *briefing* da agência, oferecendo maior segurança de que o conteúdo será entregue de acordo com as expectativas da marca.

iv. maior confiança para a marca anunciante

eles apenas se manifestam da forma, nos momentos e nos locais definidos por seus gestores, tendo chances mais baixas de se envolverem em escândalos que possam prejudicar a imagem do anunciante.

aspectos jurídicos relevantes

Influenciadores virtuais, assim como seus equivalentes de “carne e osso”, podem atuar em campanhas publicitárias, e suas comunicações, da mesma forma, estão sujeitas a normas jurídicas. Eventual falta de transparência ou inobservâncias das normas aplicáveis poderá, para além de violar direitos do consumidor e/ou de terceiros, causar um *backlash* prejudicial à reputação da marca. Por isso, é preciso observar alguns aspectos:

i. Regras da Atividade Publicitária

os anunciantes devem cumprir com princípios como transparência, boa-fé objetiva e confiança nas campanhas com influenciadores virtuais, atendendo ao disposto no Código de Defesa do Consumidor (“CDC”) e nas demais normas aplicáveis ao caso. Campanhas que divulguem automóveis, por exemplo, não podem se furtar de cumprir as normas que regulam a esse tipo de comunicação. Da mesma for-

Está gostando da leitura?

[Clique aqui](#) para se inscrever em nossa newsletter e receber nossos conteúdos diretamente em seu e-mail.

ma, influenciadores virtuais que impactem majoritariamente o público infantil devem adotar cuidados especiais considerando a capacidade interpretativa do seu público.

ii. Identificação Publicitária

toda publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor a identifique como tal de forma fácil e imediata (art. 36 do CDC e Seção 6 do “CBAP” - Código de Autorregulação Publicitária do CONAR). Atualmente isso vem sendo feito por meio do uso de hashtags e da identificação de posts patrocinados com ferramentas das plataformas, por exemplo.

iii. Direitos de Terceiros

os influenciadores virtuais são ativos protegidos por propriedade intelectual e sua utilização depende da autorização prévia dos titulares de tais direitos. A mera reprodução não consentida da figura do influenciador virtual – por exemplo vestindo as roupas de uma marca ou mesmo participando de um meme - pode configurar uma infração aos direitos autorais dos titulares de seus direitos. Da mesma forma, caso o influenciador virtual seja desenvolvido pelo próprio anunciante, (seja internamente ou via contratação de desenvolvedores terceiros), é preciso firmar os instrumentos contratuais necessários para que o anunciante possa usar tal criação para os fins publicitários que deseja. Isso inclui, por exemplo, contratos com designer gráficos, programadores, entre outros.

07 a programação linear de conteúdo audiovisual na internet: classificação e considerações

Ana Flávia Costa Ferreira

Pedro H. Ramos



Encerrou-se em 2020 uma discussão emblemática envolvendo as empresas Claro e Fox, cuja resolução era aguardada por relevante parcela do setor audiovisual: o debate sobre o serviço Fox+¹, que foi objeto de uma denúncia apresentada pela Claro à Anatel (Agência Nacional das Telecomunicações) em dezembro de 2018. Em resumo, a Claro alegava que o serviço da Fox, que consiste na entrega de programação linear² de seus canais por meio de seu site e aplicativo, mediante o pagamento de uma assinatura, seria uma prestação clandestina do “serviço de acesso condicionado”³ (“SeAC”).

Esta modalidade de serviço audiovisual é regulada pela [Lei nº 12.485/2011](#) e fiscalizada conjuntamente pela Agência Nacional do Cinema (“ANCINE”) – quanto às atividades de programação e de empacotamento – e pela Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”) – no que diz respeito à distribuição do conteúdo audiovisual -.

De acordo com a Claro, a Fox deveria cumprir uma série de obrigações e restrições que a lei atribui aos fornecedores de SeAC, como cotas de programação e o impedimento que aquelas que produzem o conteúdo, também o distribuam. Dessa forma, de acordo com a Claro, o serviço Fox+ seria ilegal, tendo em vista que a Fox seria, ao mesmo tempo, produtora e distribuidora do conteúdo. Além disso, a Claro defendia a existência de uma assimetria concorrencial entre o modelo de negócio da Fox+ e o SeAC “clássico”, consideradas as obrigações regulatórias e tributárias incidentes sobre cada um deles.

A Fox, por outro lado, argumentava que o Fox+ seria um “serviço de valor adicionado”⁴ (“SVA”), conforme definido na Lei Geral das Telecomunicações ([Lei nº 9.472/1997](#)), não constituindo, portanto, um serviço de telecomunicações, e não estando sujeito à regulação apontada pela Claro.

¹Também foi objeto desta denúncia um serviço semelhante ao Fox+, ofertado pela TopSports (o El Plus), contudo, para fins deste artigo, trataremos apenas do Fox+, que é seu objeto central.

²Programação organizada em grade temporal pré-determinada.

³Lei nº 12.485/2011 Art. 2º, XXIII - Serviço de Acesso Condicionado: serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer.

⁴Lei nº 9.472/1997. Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao

histórico

(i) Em junho de 2019, a ANATEL emitiu uma decisão cautelar proibindo a Fox de divulgar sua programação de TV fechada diretamente pela internet de forma paga, exigindo a contratação, pelo consumidor, de um pacote de TV por assinatura para ter acesso à programação na internet. Contudo, no mês seguinte, a Justiça Federal do Distrito Federal concedeu uma decisão liminar suspendendo a proibição.

(ii) A ANATEL abriu uma Tomada de Subsídios sobre o tema, contando com a participação de outros órgãos e entidades públicas e privadas, bem como terceiros interessados.

(iii) A ANCINE também endereçou o tema por meio de uma Notícia Regulatória. Tanto a ANATEL quanto a ANCINE realizaram consultas públicas acerca do enquadramento jurídico do serviço de oferta de conteúdo audiovisual em programação linear via internet.

acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

decisões

ANATEL

Em setembro de 2020, o Conselho Diretor da ANATEL decidiu que a oferta de canais lineares via internet pela Fox não constituía SeAC, mas sim SVA. De acordo com a Agência, **para que um serviço seja configurado como SeAC a prestadora deve usar suas redes para disponibilizar conteúdo de terceiros, garantindo a entrega.** Contudo, no caso da Fox, o uso de seu serviço depende necessariamente da contratação pelo usuário de uma operadora de internet fixa ou móvel, pois a fornecedora **não detém infraestrutura de rede de telecomunicação própria.**

Assim, haveria a contratação de dois serviços separadamente:

- i)** a disponibilização de conteúdo junto a um provedor de aplicação (o SVA, ou seja, o serviço Fox+), e
- ii)** o acesso a uma rede de telecomunicações (SCM ou SMP) junto a um prestador de serviço de telecomunicações, que permitirá o acesso ao SVA.

O órgão ainda defendeu que **não é seu dever proteger e assegurar a sobrevivência de determinadas tecnologias, serviços ou planos de negócios de empresas específicas**⁵.

ANCINE

Já a Diretoria Colegiada da ANCINE deliberou que não basta para a caracterização do SeAC “o simples ato de comercialização de determinado conteúdo audiovisual ou o caráter linear de tal conteúdo⁶”. **O serviço é definido pela distribuição de conteúdo audiovisual diretamente por um serviço de telecomunicação, o que não se verificou no caso Claro x Fox, haja vista a necessidade do uso de infraestruturas de banda larga fixa e móvel para o acesso ao conteúdo audiovisual.** Assim, entendeu a Agência que o Fox+ não está submetido ao regime jurídico da Lei n.º 12.485/2011.

Além disso, a Diretoria reiterou que a possibilidade de concorrência entre serviços (como entre os serviços prestados pela Claro e o Fox+), por si só, **não é justificativa legítima para a criação de barreiras regulatórias que impeçam a inovação.** Contudo, ao mesmo tempo em que acredita que novos modelos de negócio como o Fox+ e o “Video on Demand” (“VoD”) trazem efeitos positivos para os consumidores e para a atividade audiovisu-

⁵ ANATEL. Voto N.º 22/2020/EC. Processo n.º 53500.022476/2019-45. Conselheiro Emmanoel Campelo De Souza Pereira. Boletim de Serviço Eletrônico em 09/09/2020.

⁶ ANCINE. Deliberação de Diretoria Colegiada n.º 722-E, de 2020. Reunião de Diretoria Colegiada n.º 768, de 15 de setembro de 2020.

al brasileira, a ANCINE defende que há de fato uma assimetria regulatória a ser endereçada, para reduzir desequilíbrios competitivos e evitar gargalos ao alcance e eficiência da regulação setorial. A Agência ressaltou seus esforços de revisão e desburocratização de suas normas internas e a necessidade de modernização da legislação em vigor, de forma a contemplar esses novos formatos de consumo de conteúdo audiovisual (inclusive no que diz respeito a questões tributárias e de incentivo à produção nacional).

reflexos

Embora tenham sido motivadas por um serviço específico, as duas decisões são de extrema relevância para a definição dos rumos do setor audiovisual brasileiro. O país vive um momento de ascensão do mercado de vídeo digital, com a recente entrada de diversas empresas internacionais e a criação de novas plataformas pelos agentes já atuantes no país. Neste contexto, é crucial que haja segurança regulatória para que novos negócios possam se estabelecer e prosperar. Nunca é fácil regular novas tecnologias, mas as decisões aqui discutidas demonstram que o fomento da inovação parece estar na pauta das agências regulatórias.

08

Promoções comerciais em redes sociais

Tatiana Carneiro Resende

Vitoria Maciel

Ana Flávia Ferreira



Basta navegar pelas redes sociais para se deparar com algum tipo de promoção comercial. A sua realização, apesar de frequente, é matéria regulada no Brasil, estando sujeitas a uma série de exigências para que ocorram, como a observância da Lei n. 5.768/71 e Lei n. 13.756/2018. O regramento geral para a realização de promoções comerciais aplica-se, inclusive, para aquelas realizadas em redes sociais.

A promoção comercial se caracteriza pela “distribuição gratuita de prêmios a título de propaganda quando efetuada mediante sorteio, vale-brinde, concurso ou operação assemelhada”¹. Assim, toda vez que uma ação com fins publicitários distribua prêmios ao público, seja por meio de sorteio, vale-brinde, concurso ou outra operação semelhante a concurso, será considerada promoção comercial.

Em regra, uma vez caracterizada como promoção comercial, uma ação precisa ser previamente autorizada por um órgão do Governo Federal, atualmente representado pela Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria (SECAP), vinculada ao Ministério da Economia. Além disso, após realizada a promoção, é preciso submeter à SECAP a sua prestação de contas.

Uma exceção a esta regra são os concursos exclusivamente culturais artísticos, desportivos ou recreativos, que independem de autorização, de acordo com a Portaria 422/2013 do Ministério da Economia. No entanto, o art. 2º desta portaria indica diversas circunstâncias que descaracterizam um concurso como exclusivamente cultural, artístico, desportivo ou recreativo, entre elas, a realização do concurso em rede social, sendo permitido apenas que tais concursos sejam divulgados nas referidas mídias².

¹Art. 1º da Lei 5.768/71.

Penalidades

A realização de uma promoção comercial sem a devida autorização pela SECAP pode resultar nas seguintes penalidades:

- (i) multa de até cem por cento da soma dos valores dos bens prometidos como prêmios; e
- (ii) proibição de realizar tais operações durante o prazo de até dois anos.³

Recomendações Gerais

É importante se atentar também a algumas características específicas, que acabam por impactar as promoções comerciais realizadas por meio das plataformas digitais:

- (i) **Backlash⁴**: considerando a maior proximidade dos usuários e consumidores com as marcas nestas plataformas, eventuais inobservâncias das normas aplicáveis ou falta de clareza nas condições de participação poderão motivar reclamações dos participantes, resultando em *backlash* do público e dano à reputação da marca;
- (ii) **Transparência**: as regras pré-estabelecidas da promoção devem ser claras, assim como o procedimento para a escolha do vencedor. Uma vez aprovada e lançada a aprovação, suas regras não poderão ser alteradas, exceto mediante aditamento perante a SECAP;

² Art. 3º §2º da Lei 5.768/71.

³ Art. 12, I, da Lei 5.768/71.

⁴ O termo "*backlash*", neste texto, é entendido como fortes reações negativas, por um volume considerável de pessoas e geralmente relacionadas a temas sensíveis da seara social ou política, capazes de gerar impacto.

⁵ Disponível em: <<https://www.facebook.com/help/instagram/179379842258600>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2020.

⁶ Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/1620498?hl=pt-BR>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2020.

(iii) Termos de Uso das Plataformas: além das regras gerais das promoções comerciais, é preciso observar também eventuais regras que as plataformas disponham sobre o tema. O Instagram, por exemplo, possui *Diretrizes de Promoção*⁵ a serem observadas, enquanto o YouTube estabelece *Políticas e Diretrizes de Concursos*⁶. Como tais termos são alteradas com certa frequência. Recomendamos consultar a assessoria jurídica sempre que necessário;

(iv) Fraude: nas redes sociais podem existir perfis fakes, que por sua vez podem ser usados para fraudar as promoções, assim como o uso de meios robóticos, por exemplo. Dessa forma, é preciso que as marcas (a) estabeleçam no regulamento da promoção a proibição de tais práticas, bem como (b) implementem medidas razoáveis para mitigar sua ocorrência, como procedimentos de checagem de dados;

(v) Sorteios: as promoções comerciais da modalidade de sorteio devem obedecer aos resultados da extração das Loterias Federais, não sendo autorizado pela SECAP, por exemplo, o uso de ferramentas de sorteio fornecidas pelas próprias redes sociais.

Conclusão

A realização de promoções comerciais na internet pode representar uma janela de oportunidades relevantes para o mercado publicitário, especialmente para a divulgação da marca. Contudo, essa prática deve se dar de forma responsável, observando as normas e boas práticas aplicáveis – gerais e específicas. Caso contrário, eventual falta de transparência ou inobservância das normas poderá causar prejuízos à reputação da marca.

09

Publicidade Digital e o Legítimo Interesse: pensando a publicidade direcionada de acordo com a LGPD

Pedro H. Ramos

Ana Paula Varize Silveira

Vitoria Maciel



A entrada em vigor da LGPD deu muito o que falar em diversos setores, inclusive no publicitário, que nos últimos anos vem utilizando cada vez mais entregas direcionadas de publicidade a partir do uso de dados pessoais, especialmente no meio digital.

Já entendemos que esse tipo de atividade não é proibido pela legislação brasileira¹, mas qual caminho seguir para combinar o incentivo à inovação e o desenvolvimento de novas tecnologias, essenciais para esse setor, com o respeito efetivo aos direitos dos titulares?

Com este breve FAQ, procuramos retomar de forma breve e objetiva algumas angústias que observamos no mercado em relação ao tema, focando em perguntas práticas para pensar a publicidade direcionada realizada com o uso de tecnologias como a mídia programática, em conformidade com a LGPD e demais leis de proteção de dados vigentes.

1. Qual a base legal mais adequada para a publicidade digital?

Antes de mais nada, é importante lembrar que as bases legais da LGPD são igualmente relevantes entre si – não existe uma que seja mais ou menos importante do que as outras. A definição da base legal é uma questão muitas vezes fática (ou seja, a ocorrência do fato acaba definindo a base legal aplicável) ou depende de uma escolha do controlador, considerando opções possíveis para aquele modelo de negócio. No caso da publicidade digital, duas bases legais da LGPD são possíveis para este contexto: consentimento (art. 7º, I e art. 8º) e legítimo interesse (art. 10).

¹ Para mais informações: <<https://baptistaluz.com.br/institucional/a-regulacao-de-protecao-de-dados-e-seu-impacto-para-a-publicidade-online-um-guia-para-a-lgpd/>>, <<https://baptistaluz.com.br/institucional/perspectivas-para-2020-midia-publicidade/>> e <<https://baptistaluz.com.br/institucional/publicidade-digital-lgpd-guia/>>. Acessos em: 19 fev. 2021.

² Se você, anunciante, quer conhecer e entender melhor as suas obrigações, recomendamos a leitura deste link: <<https://baptistaluz.com.br/institucional/publicidade-digital-lgpd-guia/>>. Acesso em: 21 de dezembro de 2020.

Em regra, o legítimo interesse é a base legal mais recomendada não só do ponto de vista jurídico, mas também do ponto de vista prático.

Em primeiro lugar, ao trazer os fundamentos que podem embasar o uso do legítimo interesse, a LGPD menciona expressamente a hipótese de apoio e promoção das atividades do controlador (art. 10, I) – aqui, entendemos uma referência à publicidade.

Do ponto de vista do titular dos dados, essa base legal apresenta uma redação bastante consistente, o que facilita sua aplicação no caso a caso. Isso garante menos subjetividade no seu uso (e, portanto, proporciona mais estabilidade ao titular dos dados), segurança que é reforçada pela exigência da LGPD de que se faça um teste de legítimo interesse (art. 10, parágrafo terceiro) para fundamentar a utilização dessa base legal.

Da perspectiva do mercado, essa base legal respeita as características técnicas específicas da internet e, por isso, dá mais liberdade para os atores da cadeia, fazendo com que eles possuam mais oportunidades de utilização dos dados. É claro que isso não significa que o legítimo interesse é uma carta branca para o tratamento de dados para qualquer finalidade na publicidade digital. Dentre todas as obrigações e limitações colocadas pela LGPD, um aspecto importante é o de que o uso da base legal do legítimo interesse requer que as legítimas expectativas e os direitos e liberdades fundamentais do titular sejam respeitados.

2. Sendo assim, o usuário tem mesmo uma legítima expectativa de que seus dados sejam tratados para a publicidade direcionada?²

É possível dizer que há uma razoável expectativa dos usuários de que portais e aplicativos gratuitos são sustentados pela publicidade. Por exemplo, na Inglaterra, apenas 13% dos usuários são contra a publicidade online como contrapartida ao acesso gratuito a sites³ e nos EUA, 85% dos usuários preferem acessar sites gratuitamente, suportados por publicidade, do que sites pagos⁴.

Além disso, deve-se reconhecer que este é um assunto que tem sido pautado na opinião pública de forma cada vez mais frequente. Sem entrar no mérito da discussão apresentada, iniciativas como o documentário “O Dilema das Redes” levam de forma cada vez mais frequente informações sobre esse assunto para conhecimento e discussão do público no geral.

É claro que esse assunto ainda é inacessível para muitos e que o mercado ainda deve se empenhar em trazer mais transparência sobre esses processos. Por exemplo, no caso dos leilões de *real time bidding* (RTB), ainda é preciso que as empresas desse setor, em conjunto e individualmente, criem formas de dar maior visibilidade aos usuários sobre o funcionamento dessa cadeia e sobre o *trade-off* envolvido⁵. O ponto aqui é que a publicidade direcionada já está na opinião popular de forma mais difundida do que esteve anos atrás⁶.

³ Disponível em: <https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0023/141683/ico-adtech-research.pdf>. Acesso em: 21 de dezembro de 2020.

⁴ Disponível em: <<https://digitaladvertisingalliance.org/press-release/zogby-poll>>. Acesso em: 21 de dezembro de 2020.

⁵ Ramos, Pedro Henrique. Publicidade Digital e o Legítimo Interesse na LGPD: o Guia Definitivo. Disponível em: <<https://baptistaluz.com.br/institucional/publicidade-digital-lgpd-guia/>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

⁶ Ramos, Pedro Henrique. Publicidade Digital e o Legítimo Interesse na LGPD: o Guia Definitivo. Disponível em: <<https://baptistaluz.com.br/institucional/publicidade-digital-lgpd-guia/>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

⁷ De acordo com o art. 5º, XII da LGPD, o consentimento é uma “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”.

⁸ Ramos, Pedro Henrique. Publicidade Digital e o Legítimo Interesse na LGPD: o Guia Definitivo. Disponível em: <<https://baptistaluz.com.br/institucional/publicidade-digital-lgpd-guia/>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

⁹ Para entender melhor

3. Mas e o consentimento?

Após partir da premissa de que o legítimo interesse é a base mais recomendada à publicidade digital e considerando que não há uma base legal mais importante do que a outra, afinal, por que não o consentimento?

Apesar de ser uma base legal popular, é preciso ter em mente que o consentimento apresenta riscos e ineficiências tanto para o negócio, quanto para os titulares.

Isso ocorre sobretudo porque, na prática, é uma base legal difícil de ser aplicada e, conseqüentemente, de realmente proteger os titulares, especialmente ao considerar os requisitos legais do consentimento trazidos pela LGPD⁷, que, além de específicos, são de difícil demonstração. Nesse sentido, vale destacar que o consentimento genérico, ou seja, sem uma finalidade específica, não é considerado válido pela nossa lei.

Além disso, é considerada uma base legal mais sujeita a fraudes⁸ e sua aplicação promove discussões a respeito de seus potenciais impactos negativos na liberdade econômica e na inovação⁹.

as dificuldades que o consentimento pode trazer, veja: <<https://baptistaluz.com.br/institucional/publicidade-digital-lgpd-guia/>>. Acesso em: 19 fev. 2021.

¹⁰ Para mais informações

4. Como assegurar que a aplicação da base legal está de acordo com a LGPD, especialmente do ponto de vista dos titulares?

O uso de dados pessoais é de grande importância para a publicidade digital e a escolha da base legal deve considerar, entre outros fatores, o que será mais eficiente do ponto de vista do modelo de negócio e da proteção dos dados dos titulares. Nesse sentido, como mencionamos, a aplicação do consentimento acaba sendo incompatível com esses fatores, apesar de seu uso ser possível e lícito.

A aplicação do legítimo interesse, base mais apropriada para este setor, implica em uma série de benefícios aos atores da cadeia, mas para que o uso dessa base legal seja válido e legítimo, é preciso que os agentes de tratamento observem, de boa-fé e na máxima medida, as obrigações impostas a eles pela LGPD, o que inclui um teste de legítimo interesse o mais *compliant* possível¹⁰ e que as legítimas expectativas, direitos e liberdades fundamentais do titular sejam observados e cumpridos.

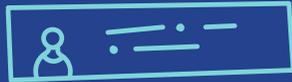
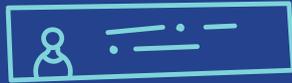
Além disso, como em qualquer outro caso de tratamento de dados pessoais, o “mantra” continua o artigo 6º da LGPD, que estabelece os princípios que toda e qualquer atividade deve seguir. Esses princípios são de extrema importância e consistem em um ponto de partida essencial para pensarmos em tratamento. É claro que a profundidade e a dimensão recomendadas variam com a complexidade e o risco do tratamento, e o teste de

a respeito do teste de legítimo interesse, veja: <<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 fev. 2021.

¹⁰ A AdChoices permite ao usuário entender como o anúncio foi entregue a ele e, caso prefira, possa bloquear a entrega de anúncios semelhantes. Para mais informações sobre a AdChoices: <<https://youradchoices.com/>> e para mais informações sobre práticas de transparência: <<https://baptistaluz.com.br/institucional/publicidade-digital-lgpd-guia/>>. Acessos aos links e em: 19 fev. 2021

legítimo interesse continua sendo uma obrigação legal essencial para o uso dessa base (art. 10, parágrafo terceiro, LGPD).

Por fim, diante desse cenário, mecanismos de transparência são bastante recomendáveis, especialmente para gerar conscientização dos usuários. Como exemplos comuns no mercado, podemos citar: implementação de avisos de cookies como destaque em sites e aplicativos com linguagem acessível; utilização de ferramentas como a *AdChoices*; oferecimento, pelos sites e aplicativos, de e-mails de contato com seus *Data Protection Officers*, para que os titulares possam tirar dúvidas e exercer seus direitos (ou desenvolvimento de *privacy dashboards* para que este procedimento seja automático); ou, ainda, especialmente aos *Publishers*, a exigência de transparência via contratos e implementação de auditoria nas tags utilizadas nos sites¹¹.



Autores

Ana Flávia Costa Ferreira

Ana Paula Varize Silveira

Andressa Bizutti

Bruna Castanheira

Tatiana Carneiro Resende

Vitoria Maciel

Pedro Henrique Ramos

Projeto Gráfico

Fabio Salmoni

Laura Klink



ADVOGADOS



www.baptistaluz.com.br

