

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

DANIELA MENENGOTI RIBEIRO

MÁRCIO RICARDO STAFFEN

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Menengoti Ribeiro; Márcio Ricardo Staffen; Mariana Ribeiro Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-409-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Globalização. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

O IV Encontro Virtual do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito) realizado entre os dias 09 e 11 de novembro de 2021, tendo como tema central o “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”, com apoio institucional de importantes centros de ensino, a saber, Widener University Delaware Law School, Estados Unidos, Universidad de Alicante, Espanha e Università degli Studi di Perugia, Itália, em conexão com a Escola de Ciências Jurídicas e Sociais e o Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UNIVALI, assim como do Mestrado Profissional em Direito da UFSC.

O IV Encontro Virtual do CONPEDI, realizado virtualmente, manteve a seriedade e qualidade da produtividade características das edições anteriores, e oportunizou a continuidade da integração com pesquisadores em tempos tão adversos e desafiadores.

As professoras Dr.^a Daniela Menengoti Ribeiro, da Universidade Cesumar (Unicesumar), Dr.^a Mariana Ribeiro Santiago, da Universidade de Marília (UNIMAR) e o professor Dr. Márcio Ricardo Staffen, da Faculdade Meridional (IMED) foram honrados com a coordenação das atividades do Grupo de Trabalho intitulado “Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo I” e com a coordenação dessa obra.

Os trabalhos desse Grupo de Trabalho se deram na tarde do dia 13 de novembro de 2021, ocasião em que os autores expuseram suas pesquisas e debateram temas que estão no centro das especulações de um conjunto significativo dos estudiosos do direito.

Com o objetivo de dinamizar as apresentações, os artigos foram organizados em blocos temáticos, ficando assim dispostos:

**A DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE E-COMMERCE PELO FOMENTO
A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NA SOCIEDADE DA
INFORMAÇÃO**

**TUTELA DO CONSUMIDOR E LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI 13.709
/18)**

O DIREITO À PRIVACIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: COMO AS EMPRESAS DEVEM PROTEGER OS DADOS PESSOAIS DOS CONSUMIDORES DE ACORDO COM A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

SOCIEDADE DO CONSUMO E A MONETIZAÇÃO DE DADOS: UM ESTUDO SOBRE O CONTROLE DE DADOS E SUA VALORIZAÇÃO NO BRASIL

O CONSUMO DE ALIMENTOS ULTRAPROCESSADOS E SUA DIVULGAÇÃO, INCLUINDO PUBLICIDADE DIRECIONADA À CRIANÇA: DIREITO BRASILEIRO E DIREITO INTERNACIONAL

A PUBLICIDADE DO SAMPAIO CORRÊA FUTEBOL CLUBE X ATUAÇÃO DO ESTADO: UM GOL CONTRA A LIBERDADE

A PROTEÇÃO DE CONSUMIDORES CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM JOGOS ELETRÔNICOS: ESTUDO COMPARADO ENTRE O REGULAMENTO EUROPEU E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A EXIGIBILIDADE DA TENTATIVA PRÉVIA DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO E O ACESSO DO CONSUMIDOR À JUSTIÇA À LUZ DOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PROVA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, INSTRUMENTOS PARA EFETIVA TUTELA DOS DIREITOS DA PESSOA CONSUMIDORA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE ALIMENTOS COM CORPOS ESTRANHOS

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DO GÊNERO ALIMENTÍCIO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A AQUISIÇÃO DE ALIMENTOS IMPRÓPRIOS PARA O CONSUMO

COMPLIANCE MÉDICA: NOVA VISÃO DO TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO COM EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A SOCIEDADE DO CONSUMO DURANTE O ISOLAMENTO SOCIAL: REFLEXÕES SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS, SUPERENDIVIDAMENTO E E-COMMERCE

ANÁLISE DAS PROPOSTAS LEGISLATIVAS SOBRE O SUPERENDIVIDAMENTO E O ENDIVIDAMENTO DE RISCO NO BRASIL

SUPERENDIVIDAMENTO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: LEI Nº 14.181/2021 E O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

O SOLIDARISMO COMO FORMA IDEOLÓGICA DE PROTEÇÃO DO SER HUMANO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

REFLEXÕES À LUZ DA HISTÓRIA SOBRE A DEFESA DO CONSUMIDOR: DA ANTIGUIDADE ATÉ JOHN KENNEDY

Os coordenadores agradecem as contribuições acadêmicas dos autores Andre Quintela Alves Rodrigues, Áurea Moscatini, Clayrtha Raissa Nascimento Goncalves, Cleber Sanfelici Otero, Cristina Anita Schumann Lereno Terzidis, Denise Ribeiro Gasparinho Duailibe Costa, Devanildo de Amorim Souza, Elida De Cássia Mamede da Costa, Enedino Januario De Miranda E Silva, Estéfani Luise Fernandes Teixeira, Fabricio Vasconcelos de Oliveira, Francine Cansi, Gabriela Kalif Lima, Jackeline Prestes Maier, João Gabriel Yaegashi, Karen Lopes Kczam, Letícia Gomes Kieski Klosovski, Lucas Henrique Lopes Dos Santos, Luís Fernando Schiebelbein, Luiz Fernando Afonso, Maria Claudia Ribeiro Quaresma Gomes, Marina Weiss Gonçalves, Maynara Cida Melo Diniz, Monica Teresa Costa Sousa, Nelson Gilmar Tavelin Filho, Oscar Ivan Prux, Osmar Fernando Gonçalves Barreto, Paulo Sergio Velten Pereira, Ronny Max Machado, Rosane Leal Da Silva e Salomão Akhnaton Zoroastro Spencer Elesbon.

Além de se revelar uma rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho “Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo I” também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica do CONPEDI pela participação abrangente de pesquisadores de diversas regiões em seus eventos.

Registramos também o importante apoio técnico e a impecável organização do CONPEDI na pessoa da Anelise Dandolini, que acompanhou os trabalhos deste Grupo de Trabalho e atendeu prontamente às demandas dos participantes.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da coordenação desta obra e do CONPEDI, e desejamos a todos uma excelente leitura.

Maringá, Paraná

Marília, São Paulo

Passo Fundo, Rio Grande do Sul

Novembro de 2021

Prof.^a Dr.^a Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro, da Universidade Cesumar (Unicesumar),

Prof.^a Dr.^a Mariana Ribeiro Santiago, da Universidade de Marília (UNIMAR),

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen, da Faculdade Meridional (IMED).

**INOVAÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DO CDC (O
DIGITAL INFLUENCER E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS)**
**INNOVATIONS OF CIVIL RESPONSIBILITY UNDER THE CDC (DIGITAL
INFLUENCER AND THE GENERAL DATA PROTECTION LAW)**

Luis Gustavo Barbedo Coelho Montes De Carvalho ¹
Francisco de Assis Oliveira ²

Resumo

A pesquisa visa analisar as situações interpretativas sobre as inovações no âmbito da responsabilidade civil, especialmente sobre a figura do Digital Influencer, ainda sem legislação específica sobre o tema, bem como acerca da Lei nº 13.709/2018 (LGPD). Traz-se o instituto da publicidade e seus correlatos, além das distinções doutrinárias de cada elemento, com o escopo de abordagem do Digital Influencer defronte ao Código de Defesa do Consumidor e suas perspectivas perante a responsabilidade civil. Não diferente, quanto a LGPD, cabe a análise da responsabilidade civil e seus corolários no caso de vazamento de dados do consumidor.

Palavras-chave: Consumidor, Responsabilidade civil, Digital influencer, Proteção de dados

Abstract/Resumen/Résumé

The research aims to analyze the interpretative situations on innovations in the scope of civil liability, especially on the figure of the Digital Influencer, still without specific legislation on the subject, as well as on Law No. 13.709/2018 (LGPD). The publicity institute and its correlates are brought up, in addition to the doctrinal distinctions of each element, with the Digital Influencer's scope of approach against the Consumer Defense Code and its perspectives on civil liability. No different, as for the LGPD, it is up to the analysis of civil liability and its corollaries in the case of consumer data leakage.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consumer, Civil responsibility, Digital influencer, Data protection

¹ Doutorando em Direito (PPGD – UVA [Capes]); Mestre em Direito (PPGD – UVA)

² Doutor em Direito (Argentina/UMSA), Mestre em Direito (Espanha/Nebrija [PPGD – UVA]), Especialista em Direito Público e Privado (SESNI/UNIG).

1. INTRODUÇÃO

A intenção precípua do presente artigo é interpretar as novas nuances da responsabilidade civil em dois vieses, isto é, em especial sua insurgência da figura do Digital Influencer em correlação ao Direito do Consumidor, bem como a integração da responsabilidade junto a Lei Geral de Proteção de Dados, vide a possibilidade de vazamento de dados dos consumidores e a quem deve ser responsabilizado.

Identifica-se a vivência atual em um mundo globalizado, com informações quase que sempre automáticas a alcance de qualquer pessoa que possua acesso à internet, sendo cediço que a comunicação ultrapassou barreiras. Neste mesmo condão, verifica-se a atuação dos influenciadores como ferramenta de divulgação de produtos e serviços, bem como acerca da novel legislação de proteção de dados que visa proteger as diversas informações dos consumidores de vazamentos de elementos por fornecedores ou corporaturas análogas.

Assim, embora não estejam positivadas as questões laborativas e de responsabilidades do Digital Influencer, busca-se analisar o encaixe de sua responsabilidade civil frente ao Código de Defesa do Consumidor, em especial em dicotomia da (in)aplicabilidade do escopo objetivo ou subjetivo, através de pesquisas aos órgãos de controle e as doutrinas esparsas, analisando o instituto da publicidade e seus correlatos, além das distinções doutrinárias de cada elemento.

De uma forma similar, mas desta vez positivada, a responsabilidade civil é manifesta na LGPD (Lei nº 13.709/2018), apesar de ser lacunosa qual a sua modalidade (objetiva e subjetiva), fato que merece maior visualização e exame hermenêutico.

2. DO INSTITUTO DA PUBLICIDADE E OS ÍCONES PARELHOS – UM PRIMEIRO RECONHECIMENTO

A priori, faz-se mister salientar sobre a seara e os institutos que permitirão compreender sobre as espécies de responsabilidade civil que pretende se enfrentar no presente artigo.

Assim, a primeira posição advém da figura da “publicidade”, conceituando o instituto e seus pares. Assinala a doutrina (CARVALHO; OLIVEIRA, 2016, p. 272), desta forma:

“a ‘publicidade’ está ligada diretamente a uma ideia de propagação geral, que aumenta seu conceito básico ao se afirmar que apresenta em sua forma um objetivo econômico, fugindo basicamente de uma informação sem maiores enlaces, advinda na maioria das vezes de anúncios pagos e veiculados de uma forma midiática para transformar a informação em persuasão – ou seja, para a fomentação da aquisição de outrem por aquilo que se busca difundir. Neste sentido, explicita-se que ao se aprofundar na semântica de que tal instituto tem conotação peculiar na seara de Direito, depara-se

em especial com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990, art. 36 ao 38), onde se clarifica a finalidade consumerista do evento ‘publicidade’¹.

O instituto da publicidade deve ser diferenciado de outros ícones, como a informação e o anúncio, pois apesar de parecidos, não se pode dar as suas formas e dinâmicas similitudes (“podem ser misturados e abrangidos um pelos outros, todavia não são de todo corpos estruturais totalmente gêmeos”). A finalidade da publicidade é a veiculação pela mídia comunicativa de um anúncio de produto ou serviço, que pode ser realizado por qualquer meio de comunicação. Assim, nota-se que o anúncio nada mais é do que a disseminação publicitária (CARVALHO; OLIVEIRA, 2016, p. 272).

A informação, conforme expõe Rizzato Nunes (2009, p. 468), é algo mais amplo e indefinido, pois envolve desde o rótulo, embalagem, cartão, fala e respostas de prepostos, atendimentos “de boca”, explicações de garçons, de gerente e de vendedores, ou seja, até as informações técnicas e outras que sejam levadas ao interlocutor.

E a oferta? A oferta é um mecanismo inteligível que permite afirmar ser um instrumento de comunicação (mensagem) que transmite a informação e a publicidade (vide o constante do CDC, art. 30: vinculando a obrigação do que nela consta).

Defende-se que a oferta merece ser difundida com a maior precisão informativa possível (princípio da informação), porque cabe ao consumidor exercer seu direito de obrigar ao fornecedor o seu fiel cumprimento. Apresenta-se então uma nova figura, denominada de *puffing*, que, conforme Carvalho; Oliveira (2016, p. 273), classifica-se apenas como um espécime de hipérbole (piada) informativa, a qual neste caso não vincula o contrato.

Da mesma forma aparece a figura do “erro grosseiro” na publicidade, ou seja, instituto que, em regra, defendem os Articulistas, não vincula o fornecedor ao cumprimento da obrigação. Embora a mídia e as diversas conjecturas existentes tentam incutir tal contexto (pague-se sempre o preço menor independente do “erro”, o que não é uma inteira verdade), acastela-se uma via dupla do princípio da boa-fé, seja pelo fornecedor e, por que não, pelo consumidor. Neste diapasão, não pode o consumidor se valer de um erro grosseiro para se locupletar, pois se é visual e hialino o erro, a tentativa do consumidor de tentar se valer desta “astúcia”, permite ser caracterizada a má-fé (p. ex., R\$ 9.999,99 lançado a R\$ 99,99 – razoabilidade e proporcionalidade, que é assinalada nas seguintes perguntas: se o valor correto

¹ CARVALHO, Luis Gustavo Barbedo Coelho Montes de; OLIVEIRA, Francisco de Assis. PUBLICIDADE OU PROPAGANDA - MORFOLOGIA DOS INSTITUTOS: UMA DISTINÇÃO DOUTRINÁRIA E PRÁTICA. <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/1q6l85u4/RL500jBU8v2e2FiB.pdf> acessado em 24/07/2021.

tivesse sido lançado quantos produtos compraria o consumidor? Mas com o erro grosseiro quantos podem ser adquiridos?)

2.1 Do conceito e características da publicidade

Publicidade é o meio pelo qual se incentiva o consumo através da divulgação de produtos e/ou serviços definidos, os quais, do ponto de vista mercadológico, possui *animus* econômico. Dentre este conceito, existem espécies do gênero publicidade possíveis e outras que devem ser evitadas por poder de causar mácula ao consumidor.

A primeira vedação já se vê na questão que envolve a clareza e identificação do que é publicidade, pois só assim poderá o consumidor ser protegido da ocultação de natureza promocional, estando em frente a uma mensagem “encoberta” ou simplesmente “camuflada”, sendo rechaçado estar perante a uma “publicidade oculta”, situação que busca levar o interlocutor ao engano. O que se quer afirmar é que se é capaz de desviar o consumidor das proteções exaradas pela legislação, como uma espécie de informação desinteressada, não se tem dúvidas que passa a ser uma ameaça, especialmente por se passada de forma “clandestina”. Outra vedação, é sobre a possibilidade de “publicidade redacional oculta”, definida como aquela que sugere não passar uma mensagem publicitária, mas, simplesmente, porque aparenta ser apenas uma livre escolha do redator do texto que tenta a indução. Tal circunstância, infelizmente possui aspectos que conduzem o interlocutor a acreditar que o contexto versa tão somente acerca de caráter informativo, de notícia, de artigo, típico de um serviço imparcial e desinteressado, mas no fundo induz ao consumidor a aquisição e não tão somente a menção jornalística (CARVALHO; OLIVEIRA, 2016, p. 276).

Como se pode ver, aparece a primeira discussão acerca da responsabilidade civil do Digital Influencer (CDC, art. 14 e seguintes), pois se a informação não se trata de publicidade patrocinada, seu oferecimento pode levar a engano o consumidor (manipulação), fato que será mais aprofundado em capítulo específico.

Concomitantemente, assim referendam os Articulistas ser vedada a veiculação de publicidade considerada “clandestina” ou “subliminar”, aquela inserida num comercial televisivo ou durante um entretenimento (reitera-se pela figura dos Digitais Influencers), isso sem que o consumidor perceba que aquilo aborda uma real publicidade (vide as consequências nefastas ao próprio princípio da informação e identificação). Apesar disso, não se pode confundir a mensagem subliminar (sem informação do que se trata) com a espécie de publicidade

“merchandising”, atualmente aceito pelos órgãos reguladores (embora se credita que o merchandising no seu início também foi uma forma de publicidade oculta).

A doutrina de Garcia (2010, p. 236), ainda classifica o merchandising como forma de camuflagem, fato que divergem os Autores:

“O merchandising é a técnica utilizada para veicular produtos e serviços de forma camuflada, inserindo-os em programas de televisão, rádio, espetáculos teatrais e filmes. O consumidor não sabe que está diante de uma publicidade, pois ela não se apresenta de forma ostensiva, mas ao contrário, é usada dentro de um contexto não publicitário. De fato, quando o telespectador assiste aos comerciais inseridos durante os intervalos dos programas, está consciente de que produtos e serviços serão oferecidos mediante publicidade. Entretanto, quando está assistindo a um filme, teatro ou novela e o ator se refere a uma marca de refrigerante ou cerveja, o telespectador não sabe se está diante de atividade publicitária ou não.”

Para os ensinamentos de Carvalho; Oliveira (2016, p. 277), tem-se algo diferente:

“Neste colapso hermenêutico, cumpre aos autores discordarem, ao entenderem pela manutenção do princípio da informação, ou seja, se os meios de comunicações trouxeram em seu conteúdo (seja no início ou no fim do entretenimento) que se trata de produtos anunciados na espécie merchandising, deixa de ser uma tentativa hedionda de levar a engano o público, para se tornar uma alternativa de marketing agressivo, pois necessário se faz atualizar os métodos, tendo em vista as constantes modificações midiáticas e a necessidade de transformação na aplicação das normas. (...)”

Outra hipótese de publicidade reconhecida é o “teaser”, ora diagnosticada como técnica utilizada pelo marketing para chamar a atenção do consumidor (p. ex., veículos tampados com lonas, bem como perguntas de um comunicador sem respostas imediatas [com frases de impacto]). Tal situação vem tomando conta do mercado e trazendo discussões sobre sua validade, conforme Carvalho; Oliveira (2016, p. 279):

“o procedimento busca envolver os “curiosos” acerca de um produto ou serviço que ainda será lançado (campanha publicitária). Ao despertar a curiosidade ou a expectativa não se pode elencar a campanha publicitária como meio errôneo ou abusivo, pois a ideia de que ninguém teve acesso ainda à informação principal (o próprio produto ou serviço) bloqueia o ensejo de dizer que deveria ser proibida, ou seja, não existe mecanismo que permita ao consumidor de efetuar compra daquilo que ainda não conhece e/ou não teve acesso, mas simplesmente o teor instiga que o interlocutor se interrogue do que se trata. Tal artifício se denomina teaser...”

2.4 Da publicidade enganosa

Veda a legislação pátria acerca da publicidade enganosa e abusiva (CDC, art. 37). Em relação a publicidade enganosa, tal ilicitude decorre do princípio da veracidade da informação,

objetivando precipuamente a evitar e reprimir danos ao consumidor diretamente, sendo que sua definição é feita por um rol exemplificativo descrito no CDC, art. 37, § 1º:

“§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Neste contrapé, publicidade enganosa é aquela que vicia a vontade do consumidor em desconformidade com aquilo que pretendia dentro de uma esfera de causalidade. Embora alguns doutrinadores assinalem sobre a similitude com a expressão “falsidade”, não se pode assim considerar, pois realmente toda publicidade falsa é enganosa, mas cumpre destacar que nem toda publicidade enganosa é falsa, dado a possibilidade de “omissão”. Assim é importante conceber que: “uma publicidade pode ser verdadeira, mas ao incorrer na ausência de determinado item essencial do produto ou serviço, pode estar levando o consumidor ao engano, em regra, por publicidade enganosa por omissão” (CARVALHO; OLIVEIRA, 2016, p. 280).

O § 1º, do art. 37, divide a publicidade enganosa em modalidade comissiva ou omissa, sendo hialino que a primeira leva a uma deturpação da informação prestada, sendo considerada detentora de falsidade parcial ou integral, isto é, macula o desejo inerente a sua aquisição (destarte, se o consumidor soubesse não compraria). Neste caso, a publicidade está intrínseca ao erro, não se importando o legislador com sua produção (confeção da publicidade), mas sim com o resultado que ela proporciona (não se fala em culpa ou dolo). Por conseguinte, a publicidade enganosa por omissão é aquela que subtrai informações do contexto geral, realizado através da confecção informativa com supressão, pois é, tal evento dar-se-á quando parte essencial for omitida, possuindo o condão de influenciar na escolha do consumidor (CDC, art. 37, § 3º. “Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”).

2.5 Da publicidade abusiva

Conforme já pontuado, o CDC também repudia a publicidade abusiva, estando descrita no § 2º do art. 37:

“§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

A publicidade abusiva parte da premissa de um rol exemplificativo, permeando o parágrafo em comento (§ 2º) pela possibilidade de acolher novos protocolos e ícones dentre as situações contemporâneas e/ou quotidianas².

A presente publicidade antijurídica é toda aquela que se aproveite da vulnerabilidade do consumidor, bem como aquela que extravase os valores sociais, morais e, também, que derroque o meio ambiente. Assim, a doutrina cria um método comparativo entre o abuso de direito e a abusividade relatada em uma publicidade (SAAD, 1999, p. 353): “[...] À semelhança do que ocorre com o abuso de direito, a publicidade abusiva aparentemente obedece aos cânones tradicionais da comunicação social, mas, em verdade, é prejudicial aos interesses do consumidor e do meio social em que se insere”.

Para Marques; Benjamim (2012, p. 808), define-se publicidade abusiva como: “(...) em resumo, a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo.” Já Carvalho; Oliveira (2016, p. 282) ainda coadunam que: (...) cumpre explicar que, a publicidade enganosa, em vista da publicidade abusiva, não se confunde, pois mesmo que verdadeira e verossímil seja a publicidade (afastando o engano), seu conteúdo pode ser ofensivo a valores sociais (envolvendo a abusividade)”.

Verifica-se, aclarado no conceito desta publicidade, a questão discriminatória, seja de religião, raça, condição social e idade, bem como aquela que incite atos contrários à proteção do meio ambiente, viole ou explore o medo, superstição, etc. Nesta estrada, resta como visual, hodiernamente, que as crianças, os idosos e os hipossuficientes necessitam de uma maior proteção individual (o que também não afasta os Digitais Influencers). O CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente) possui publicada a Resolução 163/2014 (“Dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente”), considerando abusiva a prática do direcionamento de publicidade e comunicação mercadológica à criança e ao adolescente com a intenção de persuadi-lo para o consumo de qualquer produto ou serviço, especialmente de forma contrária

² A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 220, § 3º, II, dispõe: “Os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”.

ao que permite a legislação³. Ainda em relação a abusividade, avoca-se as questões quanto ao racismo, tema sempre bastante discutido⁴.

3. SÍNTESE SOBRE O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Após toda a explicação dos veículos de comunicação e as atividades publicitárias e seus pares (vedados ou não), ante a discussão específica sobre os Influenciadores Digitais, merece esclarecimento sobre o instituto da responsabilidade civil.

Conceitua-se responsabilidade, de forma simples, como o dever de responder e prestar contas dos atos. Assim, tem-se que a responsabilidade civil é espécie do direito obrigacional, sendo cediço que, se a responsabilidade é dever de responder e prestar contas, a obrigação é o próprio liame jurídico que confere as partes de um negócio jurídico volitivo ao seu conteúdo pretendido, ou seja, conseqüentemente, caso exista o descumprimento negocial sem satisfação do almejado, nasce outra obrigação que nada mais é o dever de indenizar. Assegura a doutrina de Cavalieri Filho (2008), que o dever originário, quando descumprido, gera um outro dever secundário, isto é, derivado ou sucessivo, denominado de responsabilidade civil.

Assim, explicita Diniz (2007, p. 36) que a obrigação possui elementos basilares: a um, o objetivo (o que se pretende negociar); a dois, o subjetivo (sujeitos, visualmente clarificados como credor e devedor); por último e a três, a vinculação jurídica (o débito e a responsabilidade subjetiva do credor exigir o cumprimento do devedor, sob determinadas penas [contratuais ou extracontratuais] e métodos de sub-rogação do Estado para invasão patrimonial [bens]).

Neste caminho, a responsabilidade civil é proveniente do descumprimento do negócio jurídico, através da figura do inadimplemento, gerando o dever indenizatório. Confirma-se que são três os pressupostos de sua existência: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade, conforme prevê o CC, art. 186⁵.

Destarte, separa-se a responsabilidade civil do *Codex Civilista* daquela prevista no CDC, notadamente porque o CC trata a responsabilidade civil “subjetiva” como regra (art. 927⁶ c/c

³ Em suma, define-se como ilegal, por exemplo, o uso de linguagem infantil, efeitos especiais, trilhas sonoras de músicas infantis e vozes de criança, apresentações de crianças ou pessoas/celebridades com apelo ao público infantil, bem como a promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis (permite-se a venda de lanche com brinquedos, sem que exista publicidade maçante ou que não se permita adquirir o ícone de divertimento de forma avulsa), bem como competições ou jogos com apelo ao público infantil.

⁴ Tem-se como exemplo a punição auferida pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) à empresa “Bombril” (com atividades de fornecimento de produtos septuagenária no Brasil), após diversas denúncias sobre racismo, advindas por conta uma esponja de aço da marca, chamada de “Krespinha”,

⁵ CC, art. 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

⁶ CC, art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

arts. 186 [negligência ou imprudência] e 187⁷ [ato ilícito]), enquanto a norma especial consumerista tem como preceito originário a responsabilidade civil “objetiva” (CDC, *caput* dos arts. 12 e 14).

Então qual seria a diferenciação dos institutos? Talvez seja muito simples entender, pois a partir da ciência que o ponto nevrálgico é a existência da necessidade de provar ou não a “culpa”, quando se fala em responsabilidade subjetiva, existe a indigência de provar a culpa do agente e, ao contrário *sensu*, quando se fala em objetiva, conforme previsão legal, é a que independe da existência de culpa (obrigatoriamente prescrita em lei ou por advento da teoria do risco do empreendimento), bastando para consubstanciar seu fomento o nexo de causalidade entre os agentes e o negócio jurídico inadimplido (em arremate, reitera o escólio que consta positivado como regra absoluta a expressão: “independentemente de culpa”).

Destaca-se a existência de exceções à regra, seja no CC, parágrafo único do art. 927⁸ (inverte para objetiva), seja no CDC, art. 14, § 4º (inverte para subjetiva).

A doutrina através de Benjamin; Marques; Bessa (2008, p. 4), esclarece o motivo pelo qual o CDC adotou espécie de responsabilidade específica (objetiva):

“A sociedade de consumo, com seus produtos e serviços inundados de complexidade tecnológica, não convive satisfatoriamente com um regime de responsabilidade civil baseado em culpa. Se é relativamente fácil provar o prejuízo, o mesmo não acontece com a demonstração da culpa. A vítima tem à sua disposição todos os meios de prova, pois não há, em relação à matéria, limitação alguma. Se, porém, fosse obrigada a provar, sempre e sempre, a culpa do responsável, raramente seria bem-sucedida na sua pretensão de obter o ressarcimento”.

4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO DIGITAL INFLUENCER

A princípio, esclarece-se a necessidade de externar os itens anteriores acerca da publicidade (como realizado alhures), que por óbvio não poderia ficar afastada para enfretamento da responsabilidade civil dos digitais influencers, vide os “*publiposts*”, que permitem aos Influencers divulgarem produtos, que muitas das vezes são de forma “clandestina” ou “oculta”, não permitindo que os seguidores/consumidores pudessem vincular aquela dinâmica a um anúncio publicitário. É sábio que o influenciador, ao postar uma foto ou vídeo, indicando um bem ou serviço, possui a certeza de impulsionar a venda, recebendo *likes* e aumentando até seu poder de barganha (permuta), além de quando cobrado, o aumento

⁷ CC, art. 187. “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

⁸ CC, art. 927, parágrafo único. “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

da quantia a ser recebida pela atividade (quantidade de “curtidas” ou comentários no *feed*). Assim, a situação corriqueira de publicidade invisível afronta diretamente o princípio da identificação publicitária e, até mesmo, as publicidades enganosas e abusivas, ferindo o CDC conforme ditado alhures. Para uma melhor adequação, hodiernamente se viu necessário destacar o ícone “publicidade patrocinada” em algumas redes sociais, sob pena de suspensão e advertência, não se discorrendo ainda sobre a possibilidade de perdas e danos (responsabilidade civil).

Não obstante a regulamentação do CONAR⁹ em seu artigo 45¹⁰, vale a pena destacar também o lançamento do “Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais”, elaborado pelo Grupo de Trabalho para a Publicidade Digital, formado em 2019, com a participação de especialistas, representantes da ABA, Abap, Abert, IAB Brasil, Conselho de Ética e Corpo Técnico do CONAR¹¹. O Conselho Superior do Órgão aprovou tal normatização, que como consta do sítio eletrônico do qual se recorta parte:

“apresenta orientações para a aplicação das regras do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária ao conteúdo comercial em redes sociais, em especial aquele gerado por influenciadores que, como informa o documento, ‘possuem reconhecida posição de destaque no ambiente online, podem desenvolver papéis econômicos que contribuem para o suporte das atividades de criação de conteúdos relevantes, integrando, dessa forma, a cadeia de comunicação comercial digital’”.

O texto informativo e regulamentador destaca a seguinte direção a ser cumprida:

“1 - a divulgação de produto, serviço, causa ou outro sinal a eles associados;
2 - a compensação ou relação comercial, ainda que não financeira, com anunciante ou agência;
3 - a ingerência por parte deles sobre o conteúdo da mensagem.
Em qualquer caso, o Guia enfatiza a necessidade absoluta de o conteúdo ser claramente identificado como publicidade. Cuidados ainda maiores nesse sentido são recomendados quando o público-alvo envolve crianças e adolescentes” (vide o “hipervulneráveis” e a publicidade abusiva prevista no CDC).

Pelo exposto, sabe-se que as relações de consumo sofreram com mudanças hodiernas, advindos novos instrumentos de incentivo ao consumo, modificações significativas nas formas de publicidade, vide o acréscimo de novos personagens (Digitais Influencers), o que se defende aqui claramente tais situações como uma espécie de relação de consumo.

⁹ O CONAR é a sigla do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.

¹⁰ <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php> - acessado em 24/09/2021.

¹¹ <http://www.conar.org.br/pdf/conar221.pdf> - acessado em 24/09/2021.

Para a doutrina especializada consumerista (TARTUCE; NEVES, 2018), devemos primeiro entender a teoria do risco-proveito, para então, esclarecer a responsabilidade das “celebridades da internet”:

“Na verdade, o CDC adotou expressamente a ideia da teoria do risco-proveito, aquele que gera a responsabilidade sem culpa justamente por trazer benefícios ou vantagens. Em outras palavras, aquele que expõe aos riscos outras pessoas, determinadas ou não, por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento. Uma dessas decorrências é justamente a responsabilidade objetiva e solidária dos agentes envolvidos com a prestação ou fornecimento. “

Nesta senda, advoga-se que os Digitais Influencers assumem uma espécie de garantidores dos produtos e serviços ofertados, pois não se pode ausentar a motivação e a influência destacada neste fluxo, aqui sendo defendido que não se pode arredar o CDC em caso de prejuízo aos consumidores. Ora, o endosso do influenciador sobre um produto agrega segurança, confiabilidade e qualidade ao produto “anunciado”, ou não é esta intenção?

Podem ainda ser erigidos estes agentes a verdadeiros prepostos (CDC, art. 34), permitindo a responsabilidade do fornecedor do produto ou serviço de forma “solidária”, ou seja, respondem conjuntamente (fornecedor, prepostos ou representantes autônomos), ou até mesmo, por conta do parágrafo único do art. 7º do CDC que declara a responsabilidade solidária (“Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.”).

Cumprindo avultar que ainda não se tem regulamentação definida na relação de uma empresa com um Digital Influencer, acenando em diversas discussões jurídicas sobre o assunto, ou seja, o STJ entende que a responsabilidade deve cair tão somente sobre o anunciante (patrocinador responsável)¹², fato que aqui se discorda (entende os Articulistas por solidária).

Para melhor análise, faz jus a ponderação sobre a teoria do risco, pois a atividade do Digital Influencer, embora não catalogada no ambiente de trabalho, não pode ser simplesmente requestada ao limbo, especialmente quando dela se necessita ter respostas a problemáticas causadas pelo seu funcionamento (inclusive ao CDC).

Porquanto, defende-se que é de enorme relevância a aplicação do CDC, vide a existência de solidariedade na cadeia de fornecimentos de serviços e produtos, inclusive quando o próprio STJ tem considerado solidária a responsabilidade daquele que veicula e daquele que se aproveita da publicidade disponibilizada, assim responsabilizando todos os envolvidos no fato

¹² “STJ – REsp 604.172/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 27.03.2007 – DJ 21.05.2007, p. 568; STJ – REsp 1157228/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 03.02.2011 – DJe 27.04.2011”.

ou vício da prestação de um determinado serviço, o que nos permite interpretação axiológica de estar se abarcando aqui também o Digital Influencer.

Embora não se veja na doutrina e na jurisprudência posições extremamente favoráveis, por esse caminho os Articulistas entendem sim pela responsabilidade civil do Digital Influencer perante o consumidor, os quais se vinculam como garantidores da qualidade que se espera dos produtos anunciados, bem como serão beneficiados por estar tal produto ou serviço mantido em circulação (seja por pagamento em dinheiro ou permuta, como já explicitado). Outra discussão que permeia a situação em análise, é que se existe responsabilidade civil dos influenciadores digitais, faz-se necessário buscar estabelecer qual é a espécie de responsabilidade, se objetiva ou subjetiva?

Duas são as correntes para aqueles que entendem serem responsáveis os Digitais Influencers nas relações de consumo. A primeira, compreende-se que se o Digital Influencer somente utiliza sua imagem como garantidor da marca ou do produto e serviço, portanto não há se falar em responsabilidade objetiva (independente de culpa), pois pela boa-fé que se fundamenta os estudos do CDC, não se pode imbuir ao agente influenciador acerca do conhecimento técnico do produto ou serviço oferecido, ou seja, estar-se-á perante a comprovação de culpa (defender-se-á assim a responsabilidade subjetiva).

Nesta direção apoiam Tartuce; Neves (2018), quando ponderam o que já preceitua o CDC, art. 14, § 4º (análoga a responsabilidade subjetiva do profissional liberal aos Digital Influencers). Entretanto, ante ao pensamento dos doutrinadores que emprestam salutar conhecimento, os Articulistas advogam que tal conduta deve ser derrubada quando o Digital Influencer afirma ser fiel utilizador do produto, assumindo o risco de dizer que aquilo é bom/excelente e que tem a sua própria aprovação, avocando para si a responsabilidade objetiva, trazendo ao interlocutor a figura da segunda posição cabível sobre o tema.

Neste mesmo condão, repaginando o que prevê Tartuce; Neves (2018), exemplificam que o dever de reparar do publicitário responsável pelo conteúdo das informações ou da celebridade que relaciona o seu nome ao produto é ainda nebuloso, mas ressaltam que, se for levada em conta a regra da responsabilidade civil do CDC, em especial o sistema da solidariedade entre todos os envolvidos na veiculação da oferta (preposto, CDC, art. 34, como também defendem aqui os Articulistas), além da mesma contida no CC, arts. 932, III, e 942, parágrafo único, não se terá outro caminho do que entender pela responsabilidade civil objetiva (aquela independente de culpa). Em consubstanciação ao tema, denotam sobre “a possibilidade de aplicação do CDC ao anunciante, à agência e ao veículo, sob pena do consumidor ter que arcar sozinho com o prejuízo em caso de falha da agência ou do veículo”, bem como citam os

ensinamentos de Leonardo Bessa ao expor uma nova figura denominada de “fornecedor equiparado”, isto é, uma verdadeira realidade aplicável aos influenciadores digitais.

Existem diversas decisões administrativas sintetizadas do CONAR, então, para uma melhor elucidação, pinça-se uma que demonstra o escólio em debate:

“AMBEV E ANITA – SKOL BEATS GT - Representação Nº 182/20 - Autora: Heineken Brasil - Anunciantes: Ambev e Anitta - Relator: Conselheiro Vitor Moraes de Andrade - Sétima Câmara - Decisão: Alteração, sustação e advertência - Fundamento: Artigos 28 e 50, letras “a”, “b” e “c”, do Cód. e seu Anexo P. - A Heineken Brasil alega que a Ambev, ao promover seu produto Skol Beats GT por meio de postagens da cantora Anitta em redes sociais, violou alguns dispositivos do Código: identificação de conteúdo publicitário deficiente, ausência da frase de advertência, indução ao consumo de bebida alcóolica e cenas com a ingestão da bebida. Segundo a denúncia, a Ambev enviou kits promocional a vários influenciadores esperando, como retorno, que estes fizessem posts e lives para agradecer e fazer comentários sobre o produto. Alguns destes posts, considerados irregulares pela denunciante, foram repostados por Anitta em sua página oficial. A ação publicitária junto aos influenciadores deu origem à representação 191/20, resumida a seguir. Para a Heineken, não houve cautela da Ambev em garantir que tanto os influenciadores como a própria Anitta adotassem em sua comunicação as cautelas e alertas recomendados pelo Código. Especificamente com relação a Anitta, alegou a denunciante que, sem inserir qualquer informação de que a postagem se trata de publicidade, em uma de suas lives ela teria induzido o consumo da cerveja. Considera ainda que tal comportamento parece tratar-se de prática consciente e reiterada, citando situação semelhante recente. Reunião virtual de conciliação promovida pelo Conar não resultou em acordo. A cantora Anitta alegou em sua defesa que os kits mencionados foram enviados a 174 influenciadores, acompanhados de claras e expressas explicações sobre normas a serem observadas em suas postagens com objetivo de cumprir as regras do Conar. Considera não ter responsabilidade por atos de terceiros. Diz ainda a defesa que, se alguma vez ocorreu algum erro neste sentido, trata-se de clara exceção oriunda da falibilidade humana, a regra sendo a observância estrita e contínua das regras éticas. Por fim, confirma que recebeu da Ambev todos os treinamentos necessários para que as postagens fossem regulares e tem uma atenta equipe para evitar equívocos. Em sua defesa, a Ambev afirmou que tem uma política de conscientização e treinamento dos influenciadores digitais e que na ação promocional de divulgação de seu produto foram adotadas as cautelas necessárias para orientar os influenciadores, tendo juntado comprovante de certificado de treinamento. Prova disso, prossegue a defesa, é que apenas foram poucos os posts que apresentaram algum descumprimento das regras do Código e que foram prontamente e de boa-fé, excluídos pelos influenciadores assim que contactados pela anunciante. O relator iniciou seu voto informando que o objeto desta representação é restrito aos conteúdos publicados ou repostados nas redes sociais da Ambev e de Anitta, citando-os: - Postagem de Anitta, repostada pela Ambev, com o seguinte teor: “Gente eu estou viajando, mas a Long Neck GT minha crush, minha nova crush só tem no Brasil. Então por favor aproveitem por mim e guardem duas Long Neck gelatinhas para quando eu chegar que eu já estou preparada”. 2 - Postagens do @dudubarros, repostadas por Anitta Com relação ao primeiro post, o relator considerou que nem todos os seguidores de Anitta tenham conhecimento da sua relação comercial com a Ambev e identifiquem, imediatamente, que as suas postagens relacionadas a produtos da empresa tenham caráter publicitário. “Por isso”, escreveu o relator em seu voto, “é essencial que todas as publicações de caráter publicitário feitas por qualquer influenciador digital seja claramente identificada como tal, além de seguir as demais recomendações do Código”. Por isso, propôs a alteração, tanto para incluir a mensagem de identificação de conteúdo publicitário, como também as advertências legais para o consumo de bebida alcoólica. Já sobre o post do influenciador Dudu Barros repostados por Anitta, no qual há cena de ingestão de bebida alcoólica, o relator recomendou a sustação, agravando-a com advertência para

Anitta, por se tratar de anúncio flagrantemente irregular, tendo sido repostado sem qualquer cautela. Seu voto foi aceito por unanimidade.

5. DA NOVEL RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR NA LGPD (LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS) – LEI N° 13.709/2018

Com o progresso tecnológico e a informação correndo de forma jamais imaginável (internet), a sociedade vem se deparando também com uma indignância para tratar os dados pessoais dos consumidores, em todos os seus viés e corolários.

Frisa-se que estes dados pessoais são valiosos pela possibilidade de fomentar novos negócios e pelas dinâmicas a serem criadas (estratégias), visando determinar qual será o público-alvo, até mesmo qual consumidor será atingido (idade, opção sexual, raça, endereço físico e eletrônico), tudo com a intenção de aumento nos lucros (aproveitamento do marketing direto).

Igualmente, a navegação na internet e a aceitação de uso de *cookies* pelos usuários permitem analisar o interesse e até mesmo a localização global do maquinário (IP), seja por computadores e/ou também por celulares (leia-se todo aparelho que permita acesso à internet), podendo ser traçado uma estratégia de captação.

Assim, nasce no ordenamento pátrio sobre o tema, seguindo outras grandes legislações alienígenas (em especial a primeira reconhecida como *General Data Protection Regulation*), a Lei nº 13.709/2018, ora reconhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que por conta de alteração de sua *vacatio legis* teve diversas problematizações para entrar em vigor. A Lei em comento dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (conforme seu art. 1º).

Conforme estabelece o seu art. 2º da Lei em comento, caracteriza o titular de direitos como protagonista das relações jurídicas que envolvam o tratamento de dados, sendo cediço que parte da sua autonomia de vontade a regulação de seus dados quanto a inviolabilidade da privacidade, da hora e da imagem (art. 2º, IV), além de escolher quais dados serão usados, bem como os limites e os prazos dessa utilização, conforme o princípio da “autodeterminação informativa” (art. 2º, II), direito de informação (I), de acesso (II), de correção (III), de portabilidade (V), de eliminação (VI), dentre outros, todos previsto no art. 18 da Lei em comento. Neste contexto, avoca-se acerca da responsabilidade civil em caso de vazamento de

dados (aqui trazendo ao cotejo a importância dos dados do consumidor), vide o que preceitua a Seção III, do art. 42 ao 45 da Lei LGPD, especialmente sobre a responsabilidade do controlador ou operador (responsabilidade do fornecedor), que em razão do exercício de sua atividade ocasionar com falha/vazamento no tratamento de dados, dano patrimonial ou extrapatrimonial, individual ou coletivo, sendo obrigado a repará-los, senão vejamos:

“Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

§ 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados:

I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei;

II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.

§ 2º O juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa.

§ 3º As ações de reparação por danos coletivos que tenham por objeto a responsabilização nos termos do caput deste artigo podem ser exercidas coletivamente em juízo, observado o disposto na legislação pertinente.

§ 4º Aquele que reparar o dano ao titular tem direito de regresso contra os demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso.

Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:

I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;

II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou

III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo pelo qual é realizado;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano.

Art. 45. As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente”.

A doutrina assim discorre (CAPANEMA, 2020, p. 165):

“A responsabilidade surge do exercício da atividade de proteção de dados que viole a ‘legislação de proteção de dados’. Por essa expressão, o legislador reconhece que a proteção de dados é um microsistema, com normas previstas em diversas leis, sendo a LGPD a sua base estrutural. Deve-se aqui fazer uma analogia com o conceito de ‘legislação tributária’ do art. 96 do CTN, para incluir não apenas as leis que versem sobre a proteção de dados, mas as normas administrativas regulamentares que serão expedidas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados ou por outras entidades.

Mas a responsabilidade civil na LGPD não surge apenas da violação do microsistema jurídico de proteção de dados. É preciso interpretar o art. 42, *caput* em conjunto com o art. 44, parágrafo único (...).”

Entretantes, a correlação entre as legislações resta evidente, abarcando desde princípios básicos, direitos de acesso a informações e correções em banco de dados, a defesa de direitos difusos e coletivos, a utilização dos instrumentos da PNRC (p. ex., os órgãos de proteção), as sanções, entre outros.

Tudo seria tão fácil, todavia há quem discorra que a LGPD não destaca qual a responsabilidade civil é tratada no art. 42 (subjéitiva ou objetiva), sabendo-se que a responsabilidade objetiva (independente de culpa) deve ser positivada e explícita, sob pena de ser considerada na sua ausência a responsabilidade subjéitiva (obrigatória prova de culpa). Neste diapasão, traz-se o choque forçoso à Lei de Proteção do Consumidor (CDC), que tem como regra a responsabilidade objetiva prevista no CDC, art. 12 e 14.

Resume-se nos seguintes ensinamentos (CAPANEMA, 2020, p. 166):

“O art. 42 restringe a responsabilidade civil ao controlador ou ao operador. A presença da conjunção alternativa ‘ou’ estabelece a alternância entre um (controlador) ou o outro (operador). Obviamente, se a relação jurídica do titular com o controlador e o operador for de natureza consumerista, serão aplicadas as normas de responsabilidade solidária dos arts. 12 e 18 do CDC. O § 1º excepciona a regra de alternância do *caput*, permitindo a solidariedade em dois casos específicos, com vistas a ‘assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados’”.

Ademais, com o advento legal (LGPD) alguns julgados precisam ser revistos, como, por exemplo, a questão trazida por CAPANEMA (2020, p. 169) acerca do *SPAM*, termo de origem inglesa cujo significado designa uma mensagem eletrônica recebida, mas não solicitada pelo usuário (lixo eletrônico), que na maioria das vezes contém mensagem publicitária com o escopo de divulgar os serviços ou produtos de alguma empresa a uma coletividade de usuários de e-mail, ou quando possível, a milhares de pessoas ao mesmo tempo, repisa-se, sem a ausência de autorização do destinatário para utilização do seu endereço eletrônico (anúncios indesejados). Sabe-se que o *SPAM* também pode ser realizado com o fito de obter maliciosamente dados pessoais, bancários, etc. (colhendo dados – atenção a LGPD), além de executar programa contendo vírus (deixando de ser colacionado como *SPAM* e

passando a se chamar *phishing*¹³). Em 2009, o STJ¹⁴ entendeu que a divulgação de *SPAM* por correio eletrônico não constituía ilícito o que, conseqüentemente, deverá ser rediscutido com a chegada da LGPD e sua adequação ao CDC.

6. DA CONCLUSÃO

Pelo exposto, o presente trabalho arrosta a princípio o instituto da “publicidade” e seus corolários, em especial por um estudo mais abrangente da seara de proteção aos direitos do consumidor no Brasil, de modo a esclarecer a responsabilidade civil e, por conseguinte, suas novas nuances.

Assim, traz-se a perspectiva do Digital Influencer, como formador de opinião digital, utilizando de sua influência para movimentar milhares de seguidores por meio do conteúdo publicado em suas redes sociais. Tal situação é capaz de inspirar tendências, criar hábitos e ditar comportamentos para seu público, ou seja, abarcando a veiculação da publicidade e monetizando com parcerias, fornecedores originários, etc.

Daí se verifica a preocupação, pois o Digital Influencer não é apenas um produtor de conteúdo em busca de fama, as mídias sociais elevaram esse poder a um novo patamar, pois passa a ser um empreendedor, ou até mesmo um intermediário solidário, em vias de conquistar um espaço e um nicho no concorrido mercado de consumo, alavancado pelo marketing de influência (impacto no poder de decisão de compra). Neste diapasão, esse marketing

¹³ “O *phishing* é um dos golpes mais antigos e conhecidos da internet. Podemos definir *phishing* como qualquer tipo de fraude por meios de telecomunicação, que usa truques de engenharia social para obter dados privados das vítimas. (...) Por isso *phishing* recebe seu nome: O ciber criminoso vai “pescar” (em inglês, “fishing”) com uma atraente “isca” para físgar as vítimas do vasto “oceano” dos usuários da internet. O *ph* em “phishing” vem de “phreaking de telefone” que surgiu em meados de 1900, no qual os “phreaks”, ou seja, entusiastas, faziam experimentos com as redes de telecomunicações para descobrir como elas funcionavam”. <https://www.avast.com/pt-br/c-phishing> acessado em 13/08/2021.

¹⁴ RECURSO ESPECIAL Nº 844.736 - DF (2002/0174820-6) - STJ - RELATOR(A): REL. ORIGINÁRIO MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO (VOTO VENCIDO), REL. PARA ACÓRDÃO MIN. HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ-AP) – Julgado em 27/10/2009. EMENTA INTERNET - ENVIO DE MENSAGENS ELETRÔNICAS - SPAM - POSSIBILIDADE DE RECUSA POR SIMPLES DELETAÇÃO - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. 1 - Segundo a doutrina pátria "só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo". 2 - Não obstante o inegável incômodo, o envio de mensagens eletrônicas em massa - SPAM - por si só não consubstancia fundamento para justificar a ação de dano moral, notadamente em face da evolução tecnológica que permite o bloqueio, a deleção ou simplesmente a recusada de tais mensagens. 3 - Inexistindo ataques a honra ou a dignidade de quem o recebe as mensagens eletrônicas, não há que se falar emnexo de causalidade a justificar uma condenação por danos morais. 4 - Recurso Especial não conhecido.

influenciador de massa precisa de regulamentação, bem como se defende aqui a inafastabilidade do Código de Defesa do Consumidor, além de caracterizar a impossibilidade de uma fuga dos agentes do instituto da responsabilidade civil (“a magia do Digital Influencer é criar uma proximidade insuperável com seus seguidores, fazendo com que seus conselhos soem e controlem o famoso livre arbítrio, por óbvio modificando o núcleo da forma da publicidade”).

Conclui-se também, que a criação da LGPD e normas de controle de dados, inclusive consumeristas, traz-se à baila o constante do CDC, art. 7º, sobre a questão de permeio legislativo, ou seja, o diálogo das fontes e, não menos importante, a responsabilidade solidária. Neste viés, não há dúvidas da responsabilidade civil do operador de dados, no caso aqui fulcrado no fornecedor de serviços e produtos que trata de informações e dados do consumidor.

Diferentemente do Digital Influencer que não detém lei específica, tão somente regulamentação publicitária, portanto a doutrina vem tratando de forma globalizada as questões, especialmente sua responsabilidade consumerista, foco nodal do presente trabalho, a LGPD trata da responsabilidade civil e indica os responsáveis, trazendo à tona a possibilidade do fornecedor, mas, infelizmente, no tema tratado, não regulariza qual a espécie de responsabilidade civil será regurgitada ao ordenamento pátrio (LGPD, art. 42), sendo defendido a princípio, como explicitado alhures, que para a existência da responsabilidade objetiva (independente da análise de culpa) existe a necessidade da sua transcrição legal, sob pena de ser considerada subjetiva diretamente (sob análise de culpa). Ora, abarcando o diálogo entre as fontes e, a LGPD, absorvendo os ditames do CDC, neste caso, ponderar-se-ia a possibilidade da presença do instituto da antinomia jurídica, ou seja, como esclarece o doutrinador Tartuce (2021), “A antinomia é a presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, sem que se possa dizer qual delas merecerá aplicação em determinado caso concreto (lacunas de colisão)”.

Tal direcionamento será resolvido pelas constantes pesquisas, precedentes judiciais e doutrinas, especialmente acerca de qual será a responsabilidade do controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais.

7. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BAUMAN, Zygmunt. A vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 2ª. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPANEMA, WALTER ARANHA. A Responsabilidade civil na Lei de Proteção de Dados. Cadernos Jurídicos da Escola de Magistratura, São Paulo, ano 21, nº 53, p. 163-170, Janeiro-Março/2020.

CARVALHO, Luis Gustavo Barbedo Coelho Montes de; OLIVEIRA, Francisco de Assis. PUBLICIDADE OU PROPAGANDA - MORFOLOGIA DOS INSTITUTOS: UMA DISTINÇÃO DOUTRINÁRIA E PRÁTICA, fls. 270 a 286.
<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/1q6185u4/RL5O0jBU8v2e2FiB.pdf> acessado em 24/07/2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2020.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 2 Teoria Geral das Obrigações. São Paulo: Editora Saraiva, 2007

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 15ª ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor. 6ª ed., Niterói/RJ: Impetus, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 4ª ed., rev. e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2009.

PASQUALOTTO, Adalberto. Autorregulamentação da publicidade: um estudo de modelos europeus e norte-americano. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 112, n. 26, p.115-148, jul.-ago., 2017.

PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade para crianças: liberar, proibir ou regular? Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 106, n. 27, p. 69-93, mar.-abr, 2018.

SAAD, Eduardo Gabriel. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: 1999.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil - Volume Único, São Paulo: Editora GEN, 2021.
<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820125/o-que-e-antinomia-juridica> acessado em 30/09/2021.

TARTUCE, Flávio Tartuce; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do Consumidor: direito material e processual. 7ª ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php> - acessado em 24/09/2021.

<http://www.conar.org.br/pdf/conar221.pdf> - acessado em 24/09/2021.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm