

**O DIREITO À INTIMIDADE DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE CRÍTICA
ACERCA DOS ASPECTOS DOUTRINÁRIOS DAS PUBLICIDADES
ABUSIVAS E SEUS POSSÍVEIS REFLEXOS NO MERCADO DE CONSUMO
NO BRASIL EM 2022**

**THE CONSUMER'S RIGHT TO PRIVACY: A CRITICAL ANALYSIS OF THE
DOCTRINAL ASPECTS OF ABUSIVE ADVERTISING AND ITS POSSIBLE
REFLECTIONS ON THE CONSUMER MARKET IN BRAZIL IN 2022**

Leonel Assis Vilas Boas¹

José Carlos Mélo Miranda de Oliveira²

RESUMO

A presente pesquisa tem como escopo geral analisar de maneira crítica os aspectos doutrinários das publicidades agressivas e seus reflexos no mercado de consumo no Brasil em 2022, contrastando-se com o princípio da intimidade, caracterizado como direito fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Deste modo, apresentar-se-ão os aspectos doutrinários gerais acerca do princípio da intimidade e seus conceitos e limites, além das facetas da sociedade contemporânea em confronto com as publicidades agressivas e seus reflexos no mercado de consumo no Brasil em 2022, não se olvidando do caráter essencialmente competitivo reinante na sociedade contemporânea, marcada pela intensa disputa comercial entre as grandes empresas que visam, precipuamente, o lucro e se utilizam de todas as “armas” possíveis e disponíveis para a consecução de seus objetivos. Nesse sentido, buscar-se-á correlacionar as práticas publicitárias abusivas ao direito fundamental à intimidade do consumidor, valor indispensável à sociedade contemporânea.

Palavras-Chave: Publicidade. Intimidade. Proteção.

ABSTRACT

¹ Graduado em Direito pela Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista/ BA. Advogado. Pós-Graduando em Direito do Consumidor pela Faculdade Legale de São Paulo. Pós-Graduando em Direitos Fundamentais e Justiça pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB.

² Doutor em Memória: linguagem e sociedade pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB. Professor Adjunto B do Curso de Direito da UESB – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, campus de Vitória da Conquista – Bahia.

This research has the general scope of critically analyzing the doctrinal aspects of aggressive advertising and its effects on the consumer market in Brazil in 2022, contrasting with the principle of intimacy, characterized as a fundamental right by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CRFB/88). In this way, the general doctrinal aspects about the principle of intimacy and its concepts and limits will be presented, in addition to the facets of contemporary society in confrontation with aggressive advertising and its reflexes in the consumer market in Brazil in 2022, not forgetting of the essentially competitive character prevailing in contemporary society, marked by intense commercial dispute between large companies that aim, primarily, at profit and use all possible and available “weapons” to achieve their objectives. In this sense, we will seek to correlate abusive advertising practices with the consumer's fundamental right to privacy, an indispensable value in contemporary society.

Key-words: Advertising. Intimacy. Protection.

1. INTRODUÇÃO

O direito à intimidade é considerado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) como sendo um direito fundamental para o Estado, devendo, portanto, ser tutelado com a máxima efetividade de que necessita para que os seus preceitos sejam respeitados na sociedade brasileira.

Nesse diapasão, Moraes (2003, p. 134) assim preleciona: “Os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas.”.

Entrementes, infere-se que a intimidade é um valor indispensável para a vida em sociedade, tendo em vista que, antes de sermos seres coletivos, somos seres individuais, o que, por lógico, exige um respeito subjacente, visando a melhor relação social possível, isto é, conforme preleciona Aristóteles (2020, p. 277): “É impossível, quando se parte de um princípio errôneo, que no fim não resulte qualquer inconveniente grave.”.

Dito isso, curial se mostra analisar a sociedade contemporânea, marcada pela clara disputa entre as empresas para potencialização de seus lucros, tendo como alvo comum o consumidor, atingido pelas inúmeras e profissionais estratégias de “ataque”, que são despejadas diuturnamente no meio social.

Por conseguinte, Bauman, comentando acerca da sociedade do consumo, ensina-nos que:

[...] uma sociedade de consumidores se baseia na comparação universal — e o céu é o único limite. A idéia de “luxo” não faz muito sentido, pois a idéia é fazer dos luxos de hoje as necessidades de amanhã, e reduzir a distância entre o “hoje” e o “amanhã” ao mínimo — tirar a espera da vontade (BAUMAN, 2001, p. 76)

Todavia, uma sociedade democraticamente organizada não pode ter, nas palavras do ilustre mestre, “o céu como o limite”, antes o teto deve ser as normas dispostas pela própria sociedade como inegociáveis e, tais normativas estão dispostas no ordenamento jurídico, capitaneado pela Constituição, que traz em seu bojo o princípio da intimidade, pinçado para análise na presente pesquisa.

Nesse ponto, resta evidente a importância da presente discussão, isto é, a análise dos impactos fáticos subjacentes a um princípio fundamental é de importância impar para a sociedade brasileira, notadamente no atual cenário social, em que se encontra um nível informacional crescente em todas as vertentes, especialmente a comercial.

Desta maneira, não se pode descurar da análise dos limites e eficácia de um direito fundamental disposto em nossa Carta Maior, principalmente a intimidade do cidadão, que é constantemente bombardeada pelas publicidades desta sociedade que tem como uma de suas características a liquidez de suas relações, conforme Bauman (2001), o que atinge diretamente o mencionado princípio, o qual tem aplicação direta nas relações privadas dos cidadãos brasileiros.

Destarte, as disposições constitucionais, *per si*, já trazem uma carga axiológica substancial. Outrossim, os direitos fundamentais, *suprassumo* das normas constitucionais, com maior razão, devem ser vistos e pensados com vistas às suas finalidades e limitações axiológicas, notadamente no sistema constitucional contemporâneo que preza pela máxima eficiência das normas constitucionais.

Nesse sentido, o presente artigo busca analisar, de maneira crítica e reflexiva, as nuances doutrinárias que circundam as discussões acerca do princípio da intimidade em cotejo com as publicidades agressivas na sociedade brasileira em 2023. Contudo, não se pretende esgotar o tema, antes demonstrar os posicionamentos doutrinários acerca da temática, tendo por finalidade fomentar o debate democrático da matéria.

Noutro giro, apresenta-se como objetivo geral o escopo de analisar os aspectos doutrinários das publicidades agressivas e seus reflexos no mercado de consumo no Brasil em 2022, contrastando-se com o princípio da intimidade, com uma visão crítica e reflexiva acerca da temática. Outrossim, destaca-se como objetivos específicos da presente discussão: apresentar os aspectos doutrinários gerais acerca do princípio da intimidade e seus conceitos e limites, bem como enunciar as facetas da sociedade contemporânea em confronto com as publicidades agressivas e seus reflexos no mercado de consumo no Brasil em 2022.

Doutra banda, o presente trabalho será dividido em três seções, quais sejam: Aspectos gerais acerca do princípio constitucional da intimidade e suas nuances doutrinárias; A sociedade contemporânea do consumo e a informação; Aspectos doutrinários da publicidade abusiva e seus possíveis reflexos no mercado de consumo em 2022. Após tais tratativas, seguir-se-ão as conclusões finais da presente abordagem.

2. MATERIAIS E MÉTODO

O presente trabalho terá como metodologia a análise através do método dedutivo, em um viés bibliográfico, qualitativo, exploratório e explicativo da temática em debate, ancorando-se em materiais doutrinários tais como: livros, artigos, documentos e demais componentes do arcabouço bibliográfico.

Nesse viés, Gil (2002, p. 44) sublinha que “ A pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.”.

Portanto, utilizando-se dos materiais e da metodologia apresentada, buscar-se-á apresentar ao leitor uma visão crítica, reflexiva e estruturada metodologicamente com vistas à visualização sistêmica e organizada da temática apresentada.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1. ASPECTOS GERAIS ACERCA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E SUAS NUANCES DOUTRINÁRIAS

Tecidas as considerações introdutórias acerca da temática, importa discutir-se, nesta oportunidade, os aspectos gerais acerca do princípio constitucional da intimidade na sociedade brasileira.

Inicialmente, pontua-se que o referido princípio se encontra no art. 5º, X, da CRFB/88 Brasil (1988), caracterizando-se como direito fundamental da república, possuindo, portanto, aplicabilidade imediata, nos termos do parágrafo primeiro do supramencionado artigo constitucional, denotando o seu valor para a democracia brasileira.

Em continuidade, aponta-se que a caracterização de norma de direito fundamental atribuída ao princípio da intimidade, nesse momento, baseou-se em um critério formal, que, nas palavras de Alexy (2015, p. 69), trata-se de “ todas as disposições do capítulo da Constituição Alemã intitulado ‘Os direitos Fundamentais’ (arts. 1º ao 19), independentemente daquilo que por meio delas seja estabelecido”.

Ademais, tomando como base o critério substancial, aponta-se que a intimidade, conforme mencionado alhures, é direito inegociável da sociedade brasileira, possuindo caráter substancial e alta abstração, exigindo do julgador uma análise casuística para que seja aplicado.

Por conseguinte, importante destacar as palavras de Moraes que, conceituando intimidade, destaca o fato de que:

Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro que se encontra no âmbito de incidência do segundo. Assim, o conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como comerciais, de trabalho, de estudo etc (MORAES, 2003, p. 134).

Deste modo, infere-se das lições destacadas que a intimidade é espécie do gênero vida privada, sendo aplicação específica desta. Nesse passo, a intimidade pinça uma parcela da vida privada e a regulamenta especificamente, tendo, para tanto, o manto constitucional como fortaleza e garantia de sua aplicação com máxima eficácia.

Destarte, tratando da temática da eficácia dos direitos fundamentais, Sarlet (2009, p. 383) ministra que “ O âmbito de proteção de um direito fundamental, segundo uma posição corrente, que, em termos gerais, é possível endossar, abrange os diferentes pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica.”.

Assim sendo, deve-se visualizar, para fins de limitação e aplicação dos direitos fundamentais, dentre eles inclusa a intimidade, os pressupostos fáticos instituídos, isto é, a análise das disposições normativas, que estão encharcadas de subjetivismos e dimensões, tendo em vista a sua importância e teor estrutural, nos termos expostos por Sarlet (2009).

Desta maneira, infere-se que a conceituação do princípio da intimidade, apresentada alhures, impacta diretamente na sua extensão, visto que, o que faz parte dos limites, engloba a extensão, conforme a máxima notoriamente difundida no meio jurídico de que não se interpreta restritivamente as normas constitucionais instituidoras de direitos fundamentais.

Em continuidade de estudo, importante mencionar a doutrina de Lenza (2022, p. 352), que, ao comentar acerca do princípio hermenêutico-constitucional da máxima efetividade, assim entabula: “Também chamado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais deve ser entendido no sentido de a norma constitucional ter a mais ampla efetividade social.”.

Desse modo, infere-se que o referido mestre fala acerca da “mais ampla efetividade social”, tendo em vista o fato de que, conforme antes mencionado, os pressupostos fáticos que circundam os direitos fundamentais irão ditar os seus limites e campos de atuação.

Nesse ponto, pode-se concluir que a mais ampla efetividade jurídica não seria o suficiente, pois os direitos fundamentais têm seus “canhões” apontados para a

sociedade, que é composta de fatos, que são valorados de acordo com as normas postas, conforme nos ensina Reale (1994), em sua teoria tridimensional do direito.

Entrementes, o legislador constituinte demonstrou grande preocupação com a intimidade e a vida privada dos cidadãos brasileiros, especialmente pelas questões institucionais subjacentes à promulgação da nossa Carta Política, conforme é de conhecimento notório.

Nesse compasso, Ferreira Filho (2012, p. 1363-1364) comentando acerca dos referidos direitos fundamentais aponta que: “Assim, embora já reconhecidamente consagrados no Direito pátrio, tais direitos explicitados no texto constitucional atual não mais padecerão de quaisquer dúvidas, reforçados ainda pela garantia de indenização.”.

Em tom confirmatório, o legislador infraconstitucional sancionou, em 2018, a lei nº 13.709/2018, regulamentando a proteção dos dados pessoais no âmbito nacional, em total consonância com o princípio constitucional em comento, principalmente levando-se em consideração a volatilidade e velocidade das informações no contexto social atual.

Desta maneira, o legislador demonstra claro interesse em continuar com a proteção da intimidade dos cidadãos no atual cenário social, já inaugurado pela lei nº 12.965/2014, que estabelece o regulamento geral acerca do uso da internet no Brasil.

Noutra banda, não se pode descurar do Código Civil de 2002, lei nº 10.406/2002, norma civil geral, pilar fundamental do sistema civil brasileiro, que traz em sua parte geral, título I, capítulo II, a regência dos direitos da personalidade, que, conforme Tartuce (2022), estariam para o Código Civil como os direitos fundamentais encontram-se para a Constituição.

Ato contínuo, os direitos da personalidade, inatos ao sujeito, abarcam, por lógico, o direito à intimidade do sujeito em contraste com o cenário social. Logo, o Código Civil de 2002 é o ponto inicial para a verificação das nuances da vida privada das pessoas em contraponto com a sociedade e todas as suas disposições, deveres e regulamentos.

Consoante isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948, p. 4), em seu art. 12, reconhece o direito à intimidade como sendo inviolável, vide: “Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”.

Ante isso, observa-se que as lutas das gerações anteriores deram a oportunidade do indivíduo ser efetivamente livre, e de ter garantida a defesa à interferência em sua vida privada, notadamente em vista das atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, que redundaram na criação da Organização das Nações Unidas, conforme é amplamente conhecido.

Comentando acerca da temática, Piovesan preleciona que:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável (PIOVESAN, 2013, p. 191).

Preocupando-se com tal situação, a CRFB/88, além do reconhecimento direto, em seu art. 5º, X, garante a inviolabilidade do domicílio e das correspondências do sujeito, em seu art. 5º, XI e XII.

Com efeito, a proteção constitucional, além de partir do geral, isto é, da intimidade genericamente prevista, demonstra especial atenção com algumas de suas facetas, quais sejam: domicílio, correspondências e outras nuances.

Nesse caminho, mister se faz ressaltar o fato de que os direitos fundamentais, ao fim e ao cabo, são direitos humanos positivados no corpo da Constituição, conforme pensamento de Cunha Jr (2012), o que lhes garante ampla e máxima proteção do Estado, pois este os elegeu como valores essenciais e inegociáveis para a consecução dos seus objetivos.

Tecendo considerações acerca dessa instrumentalidade estatal, Aristóteles (2020) expõe que os homens não se reuniram apenas buscando sobreviver às mazelas, mas sim para viverem bem. Portanto, o bem-estar do povo é objetivo principal, espinha dorsal, do Estado, o qual ostenta, pois, caráter instrumental, não podendo ser considerado um fim em si mesmo.

Por fim, apresentadas as linhas doutrinárias e legislativas que discutem o princípio da intimidade, norteando a sua conceituação, limitações e aplicação, cumpre prosseguir com a presente pesquisa, em consonância e respeito à temática apontada como alvo a ser perseguido.

3.2 A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA DO CONSUMO E A INFORMAÇÃO

Primeiramente, para que se possa iniciar uma reflexão acerca de uma temática, o primeiro esforço deve ser a conceituação, visto que é indispensável ter noção do que se está tratando para que se possa, a partir daí, desenvolver as digressões pertinentes.

Pois bem, a fim de se analisar a relação da sociedade contemporânea com a informação, se faz curial apresentar o que se entende por informação. Nesse cenário, Capurro e Hjørland:

O conceito de informação como usado no inglês cotidiano, no sentido de conhecimento comunicado, desempenha um papel central na sociedade contemporânea. O desenvolvimento e a disseminação do uso de redes de computadores desde a Segunda grande Guerra

Mundial e a emergência da ciência da informação como uma disciplina nos anos 50, são evidências disso (CAPURRO; HJORLAND, 2003, p. 149)

Assim, com base no conceito antes citado, infere-se que, sinteticamente, informação seria o conhecimento comunicado. Conhecimento este que pode ser de assuntos diversos, desde o almoço diário até a comunicação formal de guerra ou paz.

Desta maneira, a informação assumiu posição central nos últimos anos, conforme observa-se da formação geopolítica do mundo, onde a indispensabilidade deste recurso mostra-se a cada dia mais premente.

Ato contínuo, nos termos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/2018 (2018), em diversas disposições acerca da matéria, notadamente em seu art. 5º, onde encontram-se as conceituações a serem adotadas para a interpretação da referida normativa, que dado é a informação sobre algo. Destarte, nos termos do art. 5º, I, da LGPD, por exemplo, dado pessoal seria a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”.

Por conseguinte, feitas as conceituações iniciais, faz-se necessário analisar a relação da informação com a sociedade contemporânea.

Nesse ponto, Bauman afirma que a sociedade moderna, adjetivada por ele como “era do *software*”, busca o instantâneo, observemos:

O tempo instantâneo e sem substância do mundo do software é também um tempo sem conseqüências. “Instantaneidade” significa realização imediata, “no ato” — mas também exaustão e desaparecimento do interesse. A distância em tempo que separa o começo do fim está diminuindo ou mesmo desaparecendo; [...] (BAUMAN, 2001, p. 115-116).

Nesse sentido, fica clara a busca pela velocidade das relações, na sociedade contemporânea, o que pressupõe, por lógica, uma difusão informacional tão veloz ou até mais do que as relações firmadas. Ora, tal conclusão é lógica, pois, para realizar alguma atividade ou negócio, precisa-se ter ciência, informação, acerca de suas especificações.

Nesse diapasão, a informação precisa alcançar o público em tempo hábil para possibilitar a realização dos negócios, dando dinâmica à sociedade do consumo, consequência lógica da busca da velocidade das relações sociais.

Outrossim, Rizzatto Nunes, comentando acerca da sociedade atual, ministra que:

Nessa mesma época, ou seja, no começo do século XX, instaura-se definitivamente um modelo de produção, que terá seu auge nos dias

atuais. Tal modelo é o da massificação: fabricação de produtos e oferta de serviços em série, de forma padronizada e uniforme, no intuito de diminuição do custo da produção, atingimento de maiores parcelas de população com o aumento da oferta etc (RIZZATTO NUNES, 2011, p.276).

Destarte, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/1990, (1990) não se furtou a disciplinar a matéria atinente à informação na sociedade de massas. Nesse passo, destacam-se os arts. 36, 37 e 38 da referida norma.

Outrossim, a regulamentação do CDC circunda acerca da publicidade enganosa ou abusiva, dicotomia adotada pelo Código a fim de classificar e distribuir as aplicações que lhes sejam pertinentes.

Não obstante, o referido diploma, em seu art. 6º, inciso III, apresenta o direito à informação como sendo básico ao consumidor brasileiro. Deste modo, evidenciada se torna a importância da informação ao direito consumerista pátrio.

Para além disso, o CDC buscou fundamento na CRFB, que, ao tratar da ordem econômica e financeira, em seu art. 170, traz como um de seus princípios a defesa do consumidor, que tem como um de seus pressupostos a correta e tempestiva informação acerca do produto.

Entrementes, Benjamin, Marques e Bessa, comentando a temática, assim prelecionam:

O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5.º, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013, p. 74).

Com base no trecho citado, é possível entender que a informação está entrelaçada com a boa-fé objetiva, que nada mais é do que o comportamento qualificado com a transparência e com a confiança, todos agasalhados pelo ordenamento consumerista brasileiro.

Ato contínuo, atendo-se aos preceitos do presente trabalho, conforme Tartuce e Neves (2021, p. 55): “A informação, no âmbito jurídico, tem dupla face: o dever de informar e o direito de ser informado, sendo o primeiro relacionado com quem oferece o seu produto ou serviço ao mercado, e o segundo, com o consumidor vulnerável.”.

Destarte, o ordenamento jurídico estabelece direitos para uns e deveres para outros, a fim de se manter o equilíbrio social.

Assim, a fixação de um direito vem entrelaçada com um dever, nos termos dos ensinamentos esposados, sob pena de se impossibilitar a consecução dos objetivos sociais do Estado, visto que, na pura essência do direito, deve-se

observar o caso concreto para a resolução dos imbróglis, momento no qual se visualizam os detentores dos direitos e os obrigados pelos deveres.

Em continuidade, Rizzatto Nunes (2011, p. 365) assevera que: “O princípio da transparência será complementado pelo princípio do dever de informar, previsto no inciso III do art. 6º, e a obrigação de apresentar previamente o conteúdo do contrato está regrada no art. 46.”

Percebe-se, nesse prisma, que o princípio da informação complementa o princípio da transparência, ambos buscando um fim comum, qual seja: a disponibilização das informações de maneira correta, acessível e precisa, em momento oportuno, a fim de munir o consumidor de dados suficientes para tomar sua decisão.

Noutro giro, não se pode descurar das mídias sociais, da rede mundial de computadores, ou simplesmente internet, pois este é um fenômeno intrínseco à sociedade de consumo atual, isto é, os fornecedores utilizam referidos meios para potencializar sobremaneira a amplitude dos seus anúncios, atingindo, por consequência, um grande número de potenciais consumidores.

Nesse viés, a importância social das normas de defesa da informação ganha especial relevo, pois os danos oriundos de uma informação em desacordo com os preceitos normativos podem ser de difícil reparação ou, até mesmo, irreversíveis.

Abarcando tal situação, mas talvez não pensando especificamente nela, o CDC traz, em seu art. 43 e seguintes, a regulamentação dos “bancos de dados e cadastros dos consumidores”, importante instituto utilizado pelas empresas a fim de obter informações dos consumidores, intentando a diminuição dos riscos da atividade econômica hodierna.

Destrinchando a matéria, Garcia (2016, p. 277) entabula que: “É necessário compreender 4 direitos dos consumidores previstos neste artigo: Direito de acesso (art. 43, caput), Direito à informação (art. 43, § 2º), Direito à retificação (art. 43, § 3º), Direito à exclusão (art. 43, § 1º, e 5º).”.

Em continuidade de estudo, observa-se um claro e indispensável teor protetivo dispensado pelo ordenamento jurídico no que tange a informação no mercado de consumo, antevendo, em posicionamento prospectivo, as possíveis implicações futuras da informação para as relações de consumo.

Caminhando nesse tema, Cavalieri Filho nos ensina que:

A publicidade é também uma das consequências da sociedade industrializada e massificada. Na época em que a produção era artesanal, a comunicação entre o fornecedor e o comprador era feita pessoalmente. A partir da Revolução Industrial, entretanto, tornou-se necessário um sistema de comunicação de massa, aí tendo origem o fenômeno da publicidade na atual sociedade de consumo, em todos os países do mundo. Não há sociedade de consumo sem publicidade (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 157).

Por outro lado, a jurisprudência pátria não deixa às escuras a presente temática, notadamente o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que tem como função precípua a manutenção da estabilidade da interpretação e aplicação da lei federal no território nacional.

Por conseguinte, destaca-se a súmula 385 do STJ, que afirma que: "Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, **quando preexistente legítima inscrição**, ressalvado o direito ao cancelamento." (Grifo nosso)

Logo, em interpretação a *contrario sensu*, visualiza-se que, se a inscrição preexistente não for legítima, ou até inexistir, a anotação irregular será passível de indenização, com caráter *in re ipsa*, isto é, pelo próprio fato, independentemente de prova, nos termos do posicionamento dominante no Egrégio STJ.

Doutra banda, importantíssima se sobressai a diferenciação entre publicidade e propaganda, ante a confusão corrente na sociedade contemporânea. Nesse tom, Cavalieri Filho assim se posiciona:

Publicidade tem objetivo comercial, próprio para anunciar produtos e serviços possíveis de negociação. Propaganda, por sua vez, visa a um fim ideológico, próprio para a propagação de princípios, ideias, teorias, com objetivo religioso, político ou cívico (CAVALIERI FILHO, 2019, p.159).

Ante a esta pontuação, fácil torna-se perceber que a conceituação adotada pelo CDC encontra-se de acordo com a doutrina clássica, ao passo em que se faz indispensável a atenção no emprego das referidas nomenclaturas, ante as consequências de se enquadrar determinada informação como sendo comercial ou ideológica e seus impactos nos rumos sociais do país.

Por fim, tecidas as considerações acerca da sociedade contemporânea e a informação, *lato sensu*, mister se faz continuar a análise da temática posta, considerando a sua indispensabilidade para a sociedade contemporânea, marcada essencialmente pelo consumo.

3.3 ASPECTOS DOUTRINÁRIOS DA PUBLICIDADE ABUSIVA E SEUS POSSÍVEIS REFLEXOS NO MERCADO DE CONSUMO EM 2022

Explanadas as temáticas atinentes ao direito à intimidade do cidadão, especialmente o consumidor, no cenário constitucional brasileiro e a correlação existente entre a sociedade de consumo pátria e a informação, importante se mostra apresentar as facetas da publicidade abusiva, no âmbito consumerista, a fim de apresentar uma visão sistêmica da problemática pesquisada.

Inicialmente, mostra-se necessário apresentar o que se entende como “publicidade abusiva”, tendo em vista o fato de que, conforme mencionado alhures, o conceito é o ponto inicial da maioria das reflexões, visto que se faz ímpar ter conhecimento acerca do tema *sub examinem*.

Pois bem, no que tange a publicidade abusiva, o CDC (1990, p. 8), em seu art. 37, §2º, traz a seguinte conceituação:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

[...]

§ 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**. (Grifos nossos)

Ante a conceituação legal, pode-se inferir que a publicidade abusiva seria aquela “discriminatória de qualquer natureza, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”.

Nesse lume, a legislação, como de costume, apresenta uma conceituação vaga e abstrata, que poderá ser moldada em concreto pelo julgador, em consonância com os princípios, costumes e regras sociais de um determinado contexto temporal, isto é, certos comportamentos poderão ser enquadrados como abusivos em determinados períodos e contextos sociais, ao contrário de outros.

Nesse ritmo, Tartuce e Neves, conceituando a matéria, assim dispõem:

Diferentemente da publicidade enganosa, que induz o consumidor a erro, a publicidade abusiva é aquela ilícita por trazer como conteúdo o abuso de direito [...] Diante do seu conteúdo, muitas vezes agressivo, a publicidade abusiva pode gerar a responsabilidade civil das pessoas envolvidas, nos moldes das premissas já expostas. Isso sem falar das penalidades administrativas, como a imposição de pesadas multas pelos órgãos legitimados ou a necessidade de a empresa fazer a *contrapublicidade*, tratada pela lei como *contrapropaganda* (TARTUCE; NEVES, 2021, p. 348-349).

Dessa maneira, importante destacar a diferença existente entre a publicidade enganosa e a publicidade abusiva, nos termos da doutrina apresentada. Nesse diapasão, as lentes da caracterização devem estar voltadas para o conteúdo e finalidade da publicidade, visto que a publicidade enganosa visa a indução ao erro, falsa percepção da realidade; e a abusiva tem em seu conteúdo o abuso de direito.

Ato contínuo, mister se faz salientar a necessidade de uma diferenciação entre as publicidades mencionadas, até mesmo pelo fato de que a publicidade abusiva tem consequências mais rígidas no nosso ordenamento jurídico, visto que impera a responsabilidade objetiva, nos termos do art. 187 do Código Civil brasileiro (2002).

Doutro lado, importante mencionar a posição da doutrina clássica acerca da temática, oportunidade em que se ressalta a importante observação de Cavalieri Filho:

Não há, como veremos, correlação necessária entre falsidade e enganosidade. Uma peça publicitária pode não ser verdadeira (fantasiosa) e não ser enganosa, assim como pode ser verdadeira, porém enganosa. A falsidade pode não estar relacionada com a fantasia publicitária, uma vez que há um limite de tolerância para mensagens hiperbólicas, tais como as otimistas, as exageradas e as humorísticas (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 160).

Nesse passo, como se demonstrou no posicionamento supramencionado, a verdade da publicidade não pode ser tida como critério único da conceituação da sua abusividade, pois são facetas diferentes da mesma moeda, conforme ilustra o mesmo autor antes citado:

Outra distinção importante a ser lembrada é entre publicidade e informação. Nem toda informação é publicidade, como também nem toda publicidade é informação. A publicidade está mais vinculada ao princípio da veracidade, enquanto a informação, ao princípio da transparência (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 160).

Entrementes, a “abusividade” da publicidade está relacionada à tolerância social acerca da matéria veiculada, isto é, do costume social reinante naquela situação, seja ele positivado ou reconhecido na jurisprudência.

Ademais, o CDC veicula normas de interesse social e ordem pública, o que conduzem ao raciocínio de que a publicidade que afronte ao CDC, além de passível de se enquadrar como enganosa, poderá ser vista como abusiva, pois atentará contra direitos socialmente relevantes.

Comentando acerca da matéria disposta no CDC, Cavalieri Filho (2019, p. 167) nos ensina que: “De se observar, entretanto, que todas as modalidades de publicidade abusiva elencadas no dispositivo supracitado importam em ofensa a valores constitucionais, ambientais, éticos e sociais, e é isso que, como regra, a caracteriza.”.

Calçando-se no posicionamento doutrinário clássico, reforça-se a reflexão de que a publicidade afrontosa ao CDC será classificada como abusiva, podendo,

para além, ser adjetivada como enganosa ou não, a depender da sua finalidade, conforme fora debatido.

Desta maneira, a publicidade que desrespeite o direito à intimidade do consumidor, constitucionalmente protegido, será classificada como abusiva, devendo sofrer as repressões legais, seja pelo regramento dos direitos da personalidade, dos direitos do consumidor ou das normas constitucionais.

Nessa trilha, o CDC, em seu art. 39, elenca uma série de práticas, em caráter exemplificativo, que poderiam caracterizar uma publicidade como abusiva, caso veiculasse algo fomentando a prática de alguma daquelas atitudes, *verbi gratia*.

Debatendo a temática, Benjamin, Marques e Bessa acrescentam que:

Prática abusiva (lato sensu) é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor. [...]São práticas as mais variadas e que, no direito norte-americano, vêm reputadas como *unfair*. Como práticas (= atividade), comportam-se como gênero do qual as cláusulas e a publicidade abusivas são espécie. Um conceito fluido e flexível. Por isso mesmo, o legislador e os próprios juizes têm tido mais facilidade em lidar com o conceito de enganiosidade do que com o de abusividade (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013, p.276).

Dando enfoque à importância da temática, o CDC traz como modalidade de crime a veiculação dolosa de publicidade que “sabe ou deveria saber” enganosa ou abusiva, nos moldes do seu art. 67.

Posto isto, importante ressaltar, nos moldes dos posicionamentos doutrinários encartados, que o CDC trouxe ferramentas para se buscar diminuir os malefícios das publicidades, tais como: imposição de contrapropaganda, constante do rol seu art. 56.

Destaca-se que o Código não se utilizou da melhor técnica quando apresentou “contrapropaganda” e não “contrapublicidade”, na esteira que a doutrina clássica espousa e que é debatido no transcorrer da presente pesquisa.

Neste limiar, Miragem:

A própria definição do que se considere como publicidade abusiva constitui espécie de conceito jurídico indeterminado. Sua determinação e precisão vão se dar, portanto, no momento da aplicação da norma ao caso concreto. Para tanto, há de se considerar a intensidade da ofensa que aquela determinada publicidade pode causar diretamente ao público, ou mesmo aos valores éticos da sociedade, bem como os direitos fundamentais e demais normas asseguradas na Constituição e no restante do ordenamento (MIRAGEM, 2020, p.310).

Por fim, ante todo o exposto e colacionado, importante se apresenta o estudo e aprofundamento da presente temática, pois a sociedade de consumo encontra-se em constante evolução, com vistas à construção de um regramento cada vez mais propício ao lucro das grandes empresas, que sustentam todo o sistema capitalista que impera no cenário global atual, visto que, conforme mencionado pelos posicionamentos doutrinários dispostos, a velocidade com que as relações sociais são idealizadas e realizadas pode ter como consequência a relativização de conceitos caros, como a intimidade, em prol de uma falsa visão de necessidade e satisfação, lastreadas, principalmente, no consumo de bens e serviços.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de finalização da presente pesquisa, imperioso se torna perfazer a correlação de todo o apresentado e discutido nas seções do presente trabalho, buscando encerrar os possíveis questionamentos que porventura tenham surgido acerca da temática e sua relevância social.

Primeiramente, cumpre destacar que a presente temática se torna curial, tendo em vista a necessidade de se estabelecer uma regulamentação correta e eficaz da sociedade de massa, com vistas à defesa dos direitos fundamentais, notadamente a intimidade, que é ínsita a todos os cidadãos que, por essência, são seres individuais.

Deste modo, é necessário visualizar os limites de aplicação do princípio da intimidade, que, conforme fora exposto, poderá encontrar barreiras no caso concreto, em observação à doutrina de Alexy (2015).

Em continuidade, a sociedade de massa e a informação têm correlação forçada, visto que a informação é o meio pelo qual se dá a difusão da oferta do fornecedor que tem como alvo o consumidor. Assim, a informação convertida em dados é encaminhada pela rede mundial de computadores, atingindo um número indeterminado de potenciais consumidores.

Por conseguinte, cumpre ressaltar, mais uma vez, o posicionamento do mestre Cavalieri Filho (2019), quando elucida que “A publicidade é também uma das consequências da sociedade industrializada e massificada”, dando ênfase à relação de causa e consequência que impera entre essas duas situações fáticas.

Ademais, o direito não pode se furtar a regulamentar as relações sociais, sendo esse, aliás, para alguns, a sua função primordial. Outrossim, o Direito do Consumidor não se furtou a disciplinar a matéria, trazendo no CDC a sua estipulação, embora datada de 1990.

Doutra banda, a auto-regulamentação da sociedade civil também apresenta mecanismo de regulação da matéria, merecendo especial citação o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) e o Código Brasileiro de Publicidade.

Discorrendo acerca da sociedade do consumo, Bauman preleciona que:

Um estimulante mais poderoso, e, acima de tudo, mais versátil é necessário para manter a demanda do consumidor no nível da oferta. O “querer” é o substituto tão necessário; ele completa a libertação do princípio do prazer, limpando e dispondo dos últimos resíduos dos impedimentos do “princípio de realidade”: a substância naturalmente gasosa foi finalmente liberada do contêiner (BAUMAN, 2001, p. 76).

Infere-se, logo, que a influência emocional é um favor decisivo na escolha do consumidor e a informação está diametralmente ligada a tal sentimento, tendo em vista as inúmeras estratégias utilizadas pelo fornecedor a fim de “conquistar” a atenção do consumidor, dentre elas a publicidade.

Em continuidade de estudo, sempre importante se faz rememorar a diferença básica entre publicidade e propaganda, residindo em sua finalidade e conteúdo, onde a última tem finalidade e conteúdo correlacionados com uma ideologia. Já a publicidade tem como finalidade e conteúdo a entrega de uma exposição comercial acerca de um produto ou serviço.

Com efeito, a adjetivação de “abusiva” a uma publicidade advém da sua potencialidade em atingir direitos inegociáveis à sociedade, nas palavras de Miragem:

Os efeitos da publicidade abusiva, por sua própria natureza, alcançam toda a comunidade. Assim, não apenas os consumidores que venham a ser diretamente ofendidos ou afetados pela mensagem publicitária são legítimos para demandar por eventuais prejuízos[...] (MIRAGEM, 2020, p. 310).

Nesse tom, poder-se-ia enquadrar como abusiva a publicidade que desrespeite o direito fundamental à intimidade do consumidor, nos moldes da doutrina e demais pontos colacionados no presente, tendo em vista a sua potencialidade de dano a toda a comunidade.

Noutro giro, em atenção a potencialidade lesiva de determinada publicidade abusiva, pode-se ter que se utilizar da tutela coletiva do consumidor, nos termos das lições de Miragem (2020, p. 310): “[...]O caráter difuso inerente à ofensa decorrente desta espécie de publicidade induz ao recurso da tutela coletiva, sem prejuízo da legitimidade individual para reclamar danos pessoalmente sofridos.”.

Deste modo, a tutela coletiva é perfeitamente cabível, em atenção ao art. 29 do CDC, que equipara todas aquelas pessoas determinadas, ou não, que foram expostas às práticas abusivas a consumidores, utilizando-se, para tanto, do art. 81 e seguintes do CDC.

Por fim, demonstrada a proteção dispendida pelo ordenamento jurídico consumerista à intimidade dos consumidores, valor indispensável à sociedade contemporânea, entender-se-á como abusiva a publicidade ofensiva deste direito fundamental, com todas as penalidades e rigores da lei que daí advém.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5 ed. alemã. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Nestor Silveira Chaves. 17ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BENJAMIN, Heman.V.; MARQUES, Claudia Lima.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de janeiro de 2022**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709 de agosto de 2018**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 385**. Segunda Seção. Brasília: Diário da Justiça Eletrônico, 8 de junho de 2009.

CAPURRO, Rafael.; HJORLAND, Birger. **O conceito de informação**. In: Annual Review of information Science and technology. ed. Blaise Cronin. V. 37, cap. 8, p. 343-411, 2003.Trad. Ana Maria Pereira Cardoso; Maria da Glória Achtschin Ferreira; Marco Antônio de Azevedo.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Coleção leis especiais para concursos**: Direito do consumidor. 10. ed. Salvador: jusPODIVM, 2016.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2002.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. Salvador: jusPODIVM, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 24 ago. 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. Editora Saraiva, São Paulo, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual, volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.