

Cadernos

*da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo*

V. 04 N. 23 2019

Direito Civil

**Temas atuais afetos à
Defensoria Pública sob a
ótica da Constituição Federal**

978-85-92898-24-3



**DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EDEPE Escola
da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo

©2019 EDEPE

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

v. 4 n.23 2019 – ISSN

Defensor Público Geral

Davi Eduardo Depiné Filho

Defensor Público Diretor da EDEPE

Rafael Folador Strano

Defensores/as Públicos/as Assistentes da EDEPE

Carolina Dalla Valle Bedicks

Bruno Martinelli Scignoli

Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes Piccina

Corpo Editorial

Rafael Folador Strano

Carolina Dalla Valle Bedicks

Bruno Martinelli Scignoli

Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes Piccina

Projeto Gráfico

Laura Schaer Dahrouj

Diagramação

EDEPE

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE

Rua Líbero Badaró, 616 - 4º andar

CEP 01008-000 - São Paulo-SP

Tel.: (11) 3105-0919 - ramal 401

escola@defensoria.sp.def.br

Todos os direitos reservados à Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos deste Caderno, desde que citada a fonte.

Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes Piccina (Org.)

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Direito Civil: temas atuais afetos à Defensoria Pública sob a ótica da Constituição Federal

1ª edição

São Paulo

EDEPE - Escola da Defensoria Pública do Estado

2019

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo	São Paulo	v.4	n.23	p. 1-77	nov/2019
-------------------------------------------------------	-----------	-----	------	---------	----------

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo / Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. – Vol. 1 (2016)- . – São Paulo : EDEPE, 2016- .

ISSN 2526-5199

ISBN 978-85-92898-24-3 (v. 4, n. 23, nov. 2019)

1. Direito – Periódico. I. Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

CDU 34(05)

Elaborado por Giliardi Pereira Delli Paoli – CRB-8/10114

APRESENTAÇÃO DA SÉRIE

No exercício de sua missão constitucional de realizar a assistência jurídica gratuita aos necessitados (art. 134, da Constituição Federal), a Defensoria Pública veicula ao sistema de justiça realidades e pleitos até então inexplorados pela doutrina jurídica tradicional. Esta atuação peculiar, criativa e inovadora merece o respectivo registro.

Publicados pela Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE, os Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo pretendem concentrar a produção de conhecimento pautada pela vulnerabilidade dos usuários dos serviços de assistência jurídica gratuita, consolidando artigos, pesquisas, anais de eventos, dentre outras produções de Defensores/as Público/as e Servidores/as da Instituição.

Embora este caminho já tenha sido trilhado por outros atores e instituições, é certo que ainda se encontra em seus passos iniciais, de modo que a série ora apresentada pretende somar e contribuir para a construção de arcabouço de produção escrita que não apenas reproduza os institutos doutrinários clássicos, mas que inove e tenha como objetivo a consecução dos direitos da população vulnerável.

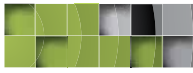
A série é dividida em onze áreas temáticas: 1. Cidadania e Direitos Humanos; 2. Ciências Penais; 3. Infância e Juventude; 4. Direito das Famílias e Sucessões; 5. Direito Processual e Litigância Estratégica; 6. Habitação e Urbanismo; 7. Direito das Mulheres; 8. Diversidade e Igualdade racial; 9. Direitos da Pessoa Idosa e da Pessoa com Deficiência; 10. Direito do Consumidor; 11. Questões Institucionais e Atuação Interdisciplinar.

A EDEPE está à disposição para críticas e sugestões através do e-mail: escola@defensoria.sp.def.br



Sumário

Apresentação	7
<i>Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes Piccina</i>	
O papel da Defensoria Pública na implementação da gestão social da valorização da terra como instrumento de garantia do direito à cidade.....	9
<i>Ana Carvalho Ferreira Bueno de Moraes</i>	
<i>Douglas Magami Tadashi</i>	
Intervenção da Defensoria Pública nos litígios coletivos possessórios	21
<i>Arianne Kwon leiri</i>	
Os cortes de fornecimento de água e energia elétrica por inadimplemento à luz dos Direitos Fundamentais.....	32
<i>Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes Piccina</i>	
O Caso da Comunidade Anchieta: a possibilidade de aplicação da Lei n. 13.465/17 na Represa Billings.....	45
<i>Paulo Fernando Esteves de Alvarenga II</i>	
Notas sobre a responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet.....	53
<i>Stéfanie Kornreich</i>	



Apresentação

Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes Piccina

Defensor Público do Estado de São Paulo.

Defensor Público Assistente da EDEPE.

Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP.

Sinto-me honrado em apresentar esta edição intitulada “Direito Civil: temas atuais afetos à Defensoria Pública sob a ótica da Constituição Federal” dos Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, tanto pelo pioneirismo em abordar nessa coleção as questões da área cível enfrentadas pelos Defensores paulistas, sempre na perspectiva do texto constitucional, como também por compartilhar com esse qualificado e comprometido grupo de autores a árdua e, ao mesmo tempo, gratificante missão constitucional conferida à Defensoria Pública em prol dos necessitados.

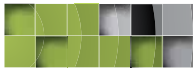
O artigo inaugural, elaborado em coautoria pelos Defensores Públicos Ana Carvalho Ferreira Bueno de Moraes e Douglas Magami Tadashi, trata da necessária e relevante participação da instituição no processo de fiscalização de políticas públicas urbanas e grandes intervenções, de modo a conferir efetividade aos direitos à cidade e à moradia da população carente.

Já o segundo artigo, escrito pela Defensora Pública Arianne Kwon Ieiri, aborda o novo papel de “custos vulnerabilis” atribuído à Defensoria Pública nos litígios coletivos possessórios, por meio de uma leitura destinada a ampliar e qualificar o debate inerente a tais litígios e em consonância com o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório, trazendo o atual entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o assunto.

O tema envolvendo os cortes de fornecimento de água e energia elétrica por inadimplemento sob o enfoque dos Direitos Fundamentais foi objeto do terceiro artigo, de minha autoria, no qual foram examinados a legislação infraconstitucional e o entendimento jurisprudencial sobre o assunto, tendo por meta trazer uma solução constitucionalmente adequada para os diversos casos concretos apresentados diariamente à Defensoria Pública e submetidos ao Poder Judiciário.

O artigo seguinte foi produzido pelo Defensor Público Paulo Fernando Esteves de Alvarenga II, o qual, partindo de um caso concreto relativo à chamada Comunidade Anchieta, traz ao debate a possibilidade de aplicação da lei federal n. 13.465/17 (que trata da regularização fundiária) em área de preservação permanente, de modo a promover melhorias ao meio ambiente e também proporcionar condições dignas de habitação e saneamento às pessoas que residem no local.

A Defensora Pública Stéfanie Kornreich confeccionou o último artigo, por meio do qual teceu considerações acerca da responsabilidade civil dos provedores de serviço de internet.



Nele, a autora destaca as mudanças sociais promovidas pelo mencionado serviço, a evolução da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico até a lei federal n. 12.965/14 (Marco Civil da Internet); aspectos controvertidos trazidos pela referida lei à luz do texto constitucional e alguns apontamentos acerca do armazenamento de dados e do direito ao esquecimento.

Feito esse breve panorama sobre o conteúdo dos artigos em questão, desejo a todos uma ótima leitura e espero que os mesmos sirvam de inspiração para o constante aprimoramento acadêmico e profissional por parte dos Defensores Públicos de todo o País.



O papel da Defensoria Pública na implementação da gestão social da valorização da terra como instrumento de garantia do direito à cidade

The role of Public Attorney in implementing a social management of land value as a guarantee device of the right to the city

Ana Carvalho Ferreira Bueno de Moraes

Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Defensora Pública - Defensoria Pública do Estado de São Paulo
acfmoraes@defensoria.sp.gov.br

Douglas Magami Tadashi

Mestrando em Planejamento Urbano pela FAU/USP. Defensor Público - Defensoria Pública do Estado de São Paulo
douglasmagami@gmail.com

Resumo

Este artigo, no escopo do direito urbanístico constitucional, apresenta os fundamentos jurídicos para a intervenção urbanística do poder público, de modo a promover a justa distribuição de ônus e benefícios da urbanização, com a inclusão das camadas mais vulneráveis da população urbana. Discute-se a recuperação da mais-valia urbanística por meio de dispositivos regulatórios, bem como a necessidade de priorizar a proteção da população de baixa renda e a atuação da Defensoria Pública discutindo, fiscalizando e monitorando intervenções urbanísticas, à luz da nova ordem urbanística que permite compreender o direito à cidade como um direito humano.

Palavras-chave: Direito Urbanístico. Gestão social da valorização da terra. Exclusão socioterritorial.

Abstract

This article, in the scope of the constitutionally based Urban Law, presents the legal basis to urbanistic intervention by the public agents, in order to promote the fair distribution of onus and benefits of urbanization, without the exclusion of the most vulnerable sectors of the urban population. It discusses the urban added value retrieval by means of regulatory and tax devices, as well as the necessity of prioritize the protection of the low income population and the role of the Public Attorneys in debating, monitoring, supervising and monitoring urbanistic interventions, in light of the Urban Statute and other bills that comprehend the right to the city as a human right.

Keywords: Urban Law. Social management of land value. Social-territorial exclusion.



Introdução

O texto a seguir foi objeto de apresentação de tese no X Congresso Nacional de Defensores Públicos que ocorreu no ano de 2011.

Contudo, ainda se mostra atual a importância de a Defensoria Pública participar do processo de fiscalização de políticas públicas urbanas e grandes intervenções com vistas a salvaguardar o direito à cidade e à moradia da população de baixa renda.

As diretrizes gerais da política urbana como normas gerais de direito urbanístico

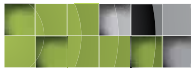
O Estatuto da Cidade, a Lei n. 10.257/2001, ao regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal¹, estabelecendo normas gerais de direito urbanístico, dentro das competências constitucionais legislativas concorrentes, culminou por consolidar a nova ordem jurídico-urbanística. Ordem que se propõe a intensificar o controle do desenvolvimento urbano trazendo diretrizes gerais da política urbana e instrumentos jurídicos, políticos e tributários capazes de balizar a gestão pública das cidades no enfrentamento de questões urbanas, sociais e ambientais, criando, por exemplo, mecanismos de combate à especulação imobiliária e distribuição dos ônus e benefícios da urbanização².

Dentro da proposta que se busca delinear no presente artigo, faz-se mister ressaltar a natureza jurídica das diretrizes gerais da política urbana insculpidas no artigo 2º da Lei no 10.257/2001.

Nesse sentido, as diretrizes gerais consubstanciam verdadeiras normas gerais de direito urbanístico, ou seja, são normas de ordem pública e de interesse social dotadas de positividade e eficácia que deverão ser concretizadas de forma imediata ou quando menos, a depender do caso concreto, na maior medida possível (como mandado de otimização) por todos os entes federativos. Cumpre, nesse particular, trazer à baila a lição do professor Nelson Saule Junior:

As diretrizes gerais da política urbana, estabelecidas no Estatuto da Cidade como normas gerais de direito urbanístico são, em especial para os Municípios, as normas balizadoras e indutoras da aplicação dos instrumentos de política urbana regulamentados na lei. O Poder Público somente estará respeitando o Estatuto da Cidade quando os instrumentos previstos forem aplicados com a finalidade de atender às diretrizes gerais previstas em lei. (SAULE JUNIOR, 1994, p. 227)

Assim, qualquer violação às diretrizes gerais da política urbana consubstancia, em verdade, violação à ordem urbanística como um interesse difuso dos habitantes da cidade e, portanto, passível de tutela por meio da ação civil pública.



Fundamentos jurídicos para promoção da justa distribuição de ônus e benefícios da urbanização

Importante esclarecer que os artigos 182 e 183 da Constituição Federal encontram-se no capítulo reservado à política urbana, por sua vez, localizado no título concernente à ordem econômica e financeira.

Nem poderia ser diferente, pois que a atividade urbanística está relacionada à intervenção do Poder Público, no exercício da função de planejamento, como agente normativo e regulador (artigo 174 da Constituição Federal), na propriedade privada, com vistas a potencializar as funções sociais da cidade e melhorar as condições de vida dos cidadãos.

Consequência disso é que a política pública de desenvolvimento urbano deve estar atrelada aos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil (artigos 1º e 3º, respectivamente, da CF) que por vezes coincidem com os princípios da ordem econômica, que a seu turno tem como escopo assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social (artigo 170 da CF).

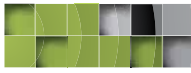
Seguindo essa linha, os incisos IX e XI do artigo 2º da Lei no 10.257/2001, ao estabelecerem, respectivamente, como diretrizes da política urbana, a “justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização” e a “recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos” acabaram por incorporar, na agenda de política urbana pátria, a obrigatoriedade de o Poder Público não só de recuperar a valorização imobiliária que é experimentada pelos imóveis em virtude dos investimentos realizados (inciso XI do artigo 2º da Lei no 10.257/2001), dentro ou não do processo de urbanização, mas sobretudo de redistribuí-la em prol da coletividade (inciso IX do artigo 2º da Lei no 10.257/2001), por meio de instrumentos jurídico-urbanísticos de gestão fundiária³.

Tais diretrizes que, repita-se, constituem-se em obrigação a serem cumpridas não só pelo setor público, mas também pelo setor privado, têm fundamento constitucional no princípio da função social da propriedade (artigo 5º, inciso XXIII) e na busca do pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades (artigo 182 da Constituição Federal).

Despiciendo salientar que o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades e da propriedade supõe o não enriquecimento sem causa.

É que determinadas ações urbanísticas podem alterar o valor da terra valorizando-as. Alguns autores (AMBORSKI; SMOLKA, 2000), com base na teoria da renda da terra marxista, denominam essa valorização de mais-valia urbanística. Outros, por sua vez, preferem nomear de gestão social da valorização da terra⁴.

Nessas hipóteses, em que, necessariamente, os atos estatais⁵ provocam a valorização das terras objeto de intervenção ou contíguas a ela, tal valorização na maioria das vezes acaba sendo



apropriada de forma imerecida pelos proprietários, quando, na verdade, deveria reverter em prol de todos habitantes da cidade, direta ou indiretamente.

Isso porque os atos estatais são custeados por todos os contribuintes, indistintamente, de forma que tolerar que apenas alguns proprietários obtenham lucro, em razão da valorização imobiliária, por uma questão de sorte, afrontaria os objetivos da República Federativa do Brasil, para além das diretrizes da política urbana supra-apontadas. Em especial, afrontaria o objetivo de construir uma sociedade justa e solidária e a necessidade de se reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de fugir ao escopo da ordem constitucional econômica, conforme já salientado, eis que permitiria a apropriação sem causa jurídica da valorização por alguns em detrimento de muitos.

Veja-se que o está em discussão aqui não é a captação de toda e qualquer renda fundiária obtida pela exploração econômica da terra, o que poderia dar ensejo a interpretações amplas, mas sim a necessidade de se elaborar um plano de captação e redistribuição da valorização da terra que possa efetivamente dar concreção às diretrizes da política urbana supramencionadas.

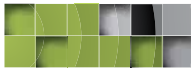
Vê-se, pois, que ao Poder Público não resta outra alternativa que não gerir a valorização fundiária por meio de instrumentos jurídico-urbanísticos capazes de captar (recuperar) a valorização dos imóveis que decorram de atos que foram custeados pela coletividade e devolvê-la para os habitantes da urbe como consequência de uma política de desenvolvimento urbano sustentável.

No Brasil, em que pese os fundamentos legais existentes, a recuperação da mais-valia urbanística, ou gestão social da valorização da terra, tem sido tímida, ante a falta de vontade política.

Instrumentos para a gestão social da valorização da terra

Existem alguns instrumentos urbanísticos que tem por objetivo, dentre outros, captar a valorização experimentada pelos particulares e promover a justa distribuição de ônus e benefícios da urbanização.

O mais conhecido deles, e o mais utilizado, é a contribuição de melhoria que se consubstancia, em verdade, em um instrumento tributário (artigo 145, inciso III, da CF; artigo 4º, inciso IV, “b”, da Lei no 10.257/2001 e artigo 81 do Código Tributário Nacional). Como espécie tributária autônoma tem como por fato gerador a **valorização imobiliária** decorrente de obra pública⁶. Trata-se, porém, de um instrumento limitado, tendo em vista que segundo a jurisprudência majoritária⁷, o valor recebido por meio deste instituto tem dois limites: um individual correspondente ao benefício resultante da obra e outro global correspondente ao gasto realizado com a obra⁸. Assim, a contribuição de melhoria se torna, neste aspecto, tributo de difícil implementação prática.



Além disso, em inúmeros municípios, tal instrumento vem sendo utilizado de forma tímida, com poucas hipóteses de incidências previstas na legislação.

Mas não é só por meio da contribuição de melhoria que se pode recuperar a mais-valia urbanística.

Com efeito, a outorga onerosa do direito de construir e de alteração do uso, ambos previstos no Estatuto da Cidade, artigos 28 e 29, respectivamente, também possibilitam a recuperação da mais-valia urbanística na medida em que permitem a cobrança de contrapartidas, ainda que de caráter facultativo, por parte dos beneficiários⁹.

O IPTU, imposto de competência municipal, também pode ser um grande instrumento de captação de mais valia urbanística se manejado com fim extrafiscal, ou seja, de modo ordinatório ou sancionatório com vistas a estimular ou desestimular condutas dos particulares, o que se deve dar nas hipóteses do §4º do artigo 182, mas sobretudo na hipótese do § 1º, I e II, do artigo 156, ambos da Constituição Federal¹⁰.

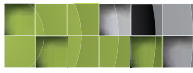
A desapropriação por zona (artigo 4o do Decreto-lei no 3365/41) também se destina a recuperar a mais-valia urbanística, porquanto possibilita que o Poder Público desaproprie os terrenos situados nas proximidades das áreas beneficiadas com obras públicas¹¹.

O polêmico instituto da operação urbana consorciada¹² também é considerado, por alguns, como instrumento de gestão social da valorização da terra¹³ na medida em que o CEPAC¹⁴ também se constitui, tal como a outorga onerosa, em forma de captação de mais valia urbana. Trata-se de um conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal em parceria com a iniciativa privada.

Contudo, há necessidade de se discutir publicamente sobre a (in)suficiência desses instrumentos para a adequada função a que se destina e promover melhorias aos instrumentos já existentes como forma de se potencializar a eficácia desses instrumentos.

Da necessidade de se priorizar a população de baixa renda na distribuição dos benefícios da urbanização como instrumento de garantia ao direito à cidade dos grupos sociais vulneráveis

O direito às cidades sustentáveis, reconhecido pela Constituição Federal (artigo 182) é entendido como o direito difuso a terra urbana, **moradia**, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e serviços públicos, ao trabalho e ao lazer (artigo 2º, inciso I do Estatuto da Cidade) e pela Carta Mundial do Direito à Cidade¹⁵ como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia e justiça social é interdependente a todos os direitos humanos, concebidos integralmente na sua indivisibilidade (direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais).



Tal direito deve ser compreendido no contexto em que a urbanização acelerada e acompanhada do processo de industrialização e consolidação do capitalismo provocou aumento significativo da desigualdade social, em especial, a partir da década de 1980 em que a doutrina neoliberal intensificou a associação entre o Poder Público e a iniciativa privada no processo de produção das cidades. Essa forma de parceria, aliada à legislação urbanística que nunca se preocupou com a regulamentação da ocupação dos espaços públicos pela população de baixa renda, a toda evidência culminou por dificultar o acesso à terra na medida em que a valorização da terra decorrente dos investimentos públicos passou a ser apropriada tão somente pela iniciativa privada. Veja-se, nesse ponto, a lição da Professora Maria Coeli Simões:

É claro que o processo de urbanização acelerada, sem as cautelas do planejamento da sustentabilidade das cidades, é tinta forte nesse traçado de múltiplos estrangimentos. Há, porém, que se colocar à evidência a grande causa: a concepção do solo urbano e da produção da cidade vinculada aos propósitos mercantilistas e especulativos. A apreensão do espaço urbano como mero bem de produção, objeto de simples apropriação privada submetida à lógica capitalista, acaba por alijar largas parcelas da população do direito difuso à cidade. Isso porque a sobrevalorização de terrenos e imóveis compele as camadas sociais dotadas de menor poder aquisitivo a se deslocarem para regiões periféricas ou de pouco interesse econômico. (SIMÕES, 2008, p. 380)

Assim, os grupos socialmente vulneráveis tornaram-se as principais vítimas do processo de urbanização excludente e segregador.

Com efeito, o processo de exclusão socioterritorial, impulsionado, por um lado, pela apropriação permanente, pelo mercado imobiliário, do acesso aos espaços urbanos qualificados, enquanto lugares dotados de infraestrutura urbana que agregam valor à terra. Por outro lado, a omissão histórica do poder público em promover o desenvolvimento urbano equilibrado, mediante planejamento que assegurasse a todos razoável igualdade de oportunidades de gozo de bem-estar, independente do perfil socioeconômico, condenou a população de baixa renda à criação de suas próprias alternativas de moradia, progressivamente, ocupando terras sem valor econômico. E como essas são marcadas por severas restrições urbanísticas, tais como as áreas de risco e de preservação ambiental, tal processo condenou também essa população a se ver privada de acesso à infraestrutura urbana, expondo-a, assim, a um lugar não só de precariedade, mas de violência moral e cívica. De um lado, submetidos por práticas políticas de gosto duvidoso, calcadas no assistencialismo, e, de outro, controlados pelo crime organizado, que se infiltra nos bolsões de pobreza, criando verdadeiros enclaves territoriais.

Na tentativa de amenizar o impacto do desenvolvimento econômico e padrão de urbanização excludentes, a Carta Mundial do Direito à Cidade preceitua que:

1. Os grupos e pessoas mais vulneráveis devem ter o direito a medidas especiais de proteção e integração, evitando os reagrupamentos discriminatórios.
2. Para efeitos desta carta consideram-se grupos mais vulneráveis as pessoas e grupos em situação de pobreza, de risco ambiental (ameaçados por desastres naturais ou vítimas de desastres ambientais gerados pelo homem), vítimas de violência, os incapazes, imigrantes e refugiados e todo grupo que segundo a realidade de cada cidade esteja em situação de desvantagem a respeito dos demais



habitantes. Nestes grupos serão objeto de maior atenção os idosos ou pessoas da terceira idade, mulheres, em especial as chefes de família e as crianças.

3. As Cidades, mediante políticas de afirmação positiva aos grupos vulneráveis devem suprir os obstáculos de ordem política, econômica e social que limitam a liberdade, equidade e de igualdade dos cidadãos (ãs), e que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a participação efetiva na organização política, econômica, cultural e social da cidade.

Nesse cenário e diante do dever do Poder Público de promover políticas públicas tendentes a reverter o caráter vicioso da exclusão socioterritorial, que viola o direito à moradia e à cidade, é essencial que os grupos vulneráveis sejam priorizados no que diz respeito à diretriz da política urbana consubstanciada na justa distribuição dos ônus e benefícios do processo de urbanização. Trata-se de aplicação da regra da igualdade substancial, tratando desigualmente quem está em situação desigual.

No mesmo sentido, o professor Nelson Saulo Junior assim leciona:

A política de desenvolvimento urbano estabelecida pelo Município pelo plano diretor que não tiver como prioridade atender as necessidades essenciais da população marginalizada e excluída das cidades, estará em pleno conflito com as normas constitucionais norteadoras da política urbana com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, em especial com o princípio internacional do desenvolvimento sustentável (SAULO JUNIOR, 2002, p. 81)

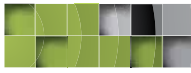
Assim, uma vez recuperado para a sociedade os benefícios que os particulares obtiveram, essa distribuição deve ser realizada, prioritariamente, em favor dos mais vulneráveis dentro do território urbano, como por exemplo, pessoas em situação de rua, moradores de assentamentos precários.

Da necessária atuação da Defensoria Pública para implementação da gestão social da valorização da terra

A Constituição Federal de 1988 ao prever a assistência jurídica, e não apenas a assistência judicial, alterou substancialmente a matéria¹⁶.

Pode-se dizer que a assistência jurídica inclui as atividades preventivas de consultivas e auxílio extrajudicial, bem como assistência judiciária (processual)¹⁷, além da atividade fundamental de conscientização jurídica, fortalecendo o espírito de cidadania¹⁸.

E para conseguir tal objetivo, o constituinte de 1988 foi expresso na sua escolha: a Defensoria Pública é a instituição responsável pela assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. A escolha do constituinte não foi por acaso. Somente por meio de uma instituição destinada exclusivamente a prestar serviço de assistência jurídica é possível prestar a assistência jurídica de forma ampla¹⁹.



Porém é preciso avançar mais. É neste sentido que destacamos a necessidade de participação, elaboração e fiscalização da Defensoria Pública nas políticas públicas, em especial na implementação da gestão social da valorização da terra como instrumento de garantia à cidade dos vulneráveis, como expressão mais ampla da assistência jurídica integral. E argumentos não faltam.

A Lei Orgânica da Defensoria Pública (LC n. 80/94), em seu art. 3º-A, declara quais são objetivos da instituição²⁰. É certo que esses objetivos coincidem com os princípios constitucionais do Estado Democrático que devem nortear a política urbana e as normas de direito urbanístico²¹. Desta feita, implementação da gestão social da valorização da terra, ao ser um instrumento de suma importância da política pública, acaba por atingir os próprios objetivos da Defensoria Pública.

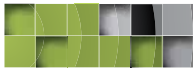
Tendo em vista que as diretrizes gerais da política urbana traçadas no Estatuto da Cidade, em especial aquelas já apontadas que direcionam a necessidade de implementação da gestão social da valorização da terra, têm fundamento no Estado Democrático de Direito, de forma que a busca pela sua efetivação e implementação traz como consequência a afirmação do Estado Democrático de Direito.

De forma concreta, a Defensoria Pública deve sempre tomar assento nas discussões da elaboração no plano diretor, fiscalizar a sua aplicação e monitorar suas alterações. Ademais, tem a instituição a prerrogativa e o dever de acompanhar as intervenções urbanísticas nas cidades levadas a efeito pelos diversos instrumentos urbanísticos, alguns deles tratados no presente artigo que de certa forma provocam a valorização da terra, tendo sempre como norte o acesso da população vulnerável à cidade justa.

Conclusão

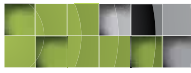
Do exposto é certo que, após o advento da Constituição Federal de 1988, não só a Defensoria Pública se consolidou como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, mas o direito à cidade, sobretudo após o advento do Estatuto da Cidade, foi elevado à categoria de direito humano.

Em consequência, hodiernamente em face das crescentes violações ao direito à cidade que presenciamos em que a população de baixa renda é sempre a mais prejudicada mormente em virtude da intensificação da produção das cidades, a atuação das Defensorias Públicas é medida imprescindível para garantir o direito à cidade em sentido amplo, sobretudo para os grupos vulneráveis, em especial na garantia da implementação da gestão social da valorização das terras, política pública de competência dos Municípios.



Referências

- ALFONSÍN, Betânia de Moraes. Operações urbanas consorciadas como instrumento de captação de mais-valias urbanas: um imperativo da nova ordem jurídico-urbanística brasileira. In: **Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos!** Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- AMBORSKI, David; SMOLKA, Martin. **Captura de mais-valias para o desenvolvimento urbano: uma comparação interamericana**. Curso de Financiamento do desenvolvimento urbano no Brasil. Lincoln Institute of Land Policy, maio 2000.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: **Temas de direito processual: quinta série**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**, vol. I, São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAMARGO, Juliana Wernek de. **O IPTU como instrumento de atuação urbanística**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. A defensoria pública: um novo conceito de assistência judiciária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 689, p. 303, mar. 1993.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5a ed., Vol. 2, São Paulo: Malheiros, 2004.
- GRAZIA, Grazia de. Estatuto da cidade: uma longa história com vitórias e derrotas. In: OSORIO, Letícia Marque (org.). **Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- LIMA, Caetano. Breve introdução ao direito urbanístico. In: RODRIGUES, Francisco Luciano de Lima (Org.). **Estudo de direito constitucional e urbanístico, em homenagem à Prof. Magnólia Guerra**. São Paulo: RS Editora, 2007.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional. In: TUCCI, José Roberto Cruz e. (Coord.) **Garantias constitucionais do processo civil**. Coord. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**, Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MARICATO, Ermínia; FERREIRA, João Sette Whitaker. Operação urbana consorciada: diversificação urbanística participativa ou aprofundamento da desigualdade. OSORIO, Letícia Marque (org.). **Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006
- PIZA, Mariana Levy; SANTORO, Paula e CYMBALISTA, Renato. Estatuto da Cidade: uma leitura sob a perspectiva da recuperação da valorização fundiária. In: SANTORO, Paula (org.).



Gestão social da valorização da terra. **Cadernos Pólis**, 9. São Paulo: Instituto Pólis, 2004.

RAMOS, Glaucio Gumerato. Realidade e perspectiva da assistência jurídica aos necessitados do Brasil. In: **Acesso à justiça e cidadania**. Fundação Konrad Adenauer, 2000.

ROLNIK, Raquel. Outorga onerosa e transferência do direito de construir. OSORIO, Letícia Marque (org.). **Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Elementos de Direito Tributário**. São Paulo: Premier Maxima, 9ª Edição, 2008.

SANTORO, Paula; CYMBALISTA, Renato. Introdução à expressão “gestão social da valorização da terra” In: Gestão social da valorização da terra. SANTORO, Paula (org.). Gestão social da valorização da terra. **Cadernos Pólis**, 9. São Paulo: Instituto Pólis, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. O papel da Defensoria Pública na democratização do sistema de Justiça. In: **Apadep em notícias**, Ano 1, no 07, Janeiro/Fevereiro 2009.

SAULE JUNIOR, Nelson, **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

_____. Estatuto da Cidade e o Plano Diretor – Possibilidades de uma nova ordem legal urbana justa e democrática. OSORIO, Letícia Marque (org.). **Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. **Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro**. Ordenamento constitucional da Política Urbana, Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

SILVA, José Afonso da Silva. **Direito urbanístico**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

SIMÕES, Maria Coeli. A função social no direito urbanístico e na política urbana: uma nova ordem de sustentabilidade das cidades. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). **Cidadania e Inclusão Social: Estudos em Homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Notas

¹ “A Constituição de 1988 deu bastante atenção à matéria urbanística, reservando-lhe vários dispositivos sobre diretrizes do desenvolvimento urbano (arts. 21, XX, e 182); preservação ambiental (arts. 23, III, IV, VI e VII; 24, VII e VIII; e 225); planos urbanísticos (arts. 21, IX; 30, VIII; e 182) e a função urbanística da propriedade urbana. (SILVA, 2008, p. 57).

² Sobre o processo de promulgação do Estatuto da Cidade, ler: Grazia (2002, pp. 15-37).

³ José Afonso da Silva destaca como sendo princípios do direito urbanístico: “Princípio da afetação da mais-valias ao custo do sistema de execução das obras urbanas e princípio da justa distribuição dos ônus e benefícios decorrentes da norma urbanística (SILVA, 2008, p. 45). No mesmo sentido, Lima (2007, p. 75).

⁴ A opção por esta terminologia, segundo Paula Santoro e Renato Cymbalista, adveio após a realização da “Oficina Mais-valia Fundiária e Estatuto da Cidade”, realizado no Instituto Polis em 2005, por diversas razões, dentre elas: por ser a expressão “mais-valia” de difícil compreensão, sendo indispensável o conhecimento do conceito marxista, porque é necessário buscar uma expressão mais simples, dada a necessidade de ser compreendida por diversos autores envolvidos no processo de planejamento territorial, necessidade de estreitar o conceito com as diretrizes do Estatuto da Cidade. Introdução à expressão “gestão social da valorização da terra” (SANTORO, 2004, pp. 11-12).

⁵ Para exemplificar, Paulo Santoro e Renato Cymbalista, destacam que essa variação pode ser decorrência de ações que podem ser de três tipos: obras públicas, ações que provocam alterações do uso do solo “(I)



Realização de obras públicas localizadas, como, por exemplo, abrir novas vias ou melhorar as vias existentes; instalar rede de esgoto e de água; implantar calçadas e iluminação pública; construir escolas, hospitais; criar parques, entre outras. Essas ações quase sempre fazem aumentar o valor da terra. (2) Outras ações que também provocam alterações no valor do solo são mudanças na legislação urbanística, que alterem o uso do solo. Nesse caso, por exemplo, uma lei que passe a permitir uso comercial em determinado local, onde antes só se permitirá uso habitacional, determina imediata alteração no valor das áreas incluídas na nova lei. Também há valorização da terra, quando se alteram os chamados “parâmetros construtivos”; por exemplo, quando uma nova lei passa a permitir que se construa mais, ou seja, prédios mais altos, com mais pavimentos, em área onde antes só se permitiam prédios mais baixos. (3) Outro tipo de ação que provoca alterações no valor da terra são as mudanças na classificação do solo. Por exemplo, quando se criam novas áreas para urbanização, em áreas definidas antes como áreas rurais. Nesse caso, as áreas rurais, que valiam menos por serem rurais, passam a valer mais porque passam a ser áreas urbanas” (Idem, pp. 09-10).

⁶ Segundo o Professor Eduardo de Moraes Sabbag, tal tributo “existe para evitar o locupletamento injustificado de proprietários favorecidos por obras públicas” (2008, p. 103).

⁷ STJ: RESP 200.283(1a Turma, j. 04.05.1999) e RESP 362.788 (2a Turma, j. 28.05.2002 e STF: RE 116.148/SP.

⁸ Afirma o artigo 3º do Decreto-Lei 195/67: “A Contribuição de Melhoria a ser exigida pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para fazer face ao custo das obras públicas, será cobrada pela Unidade administrativa que as realizar, adotando-se como critério o benefício resultante da obra, calculado através de índices cadastrais das respectivas zonas de influência, a serem fixados em regulamentação deste Decreto-lei”.

⁹ Para o estudo deste instituto, ler: Rolnik (2002, pp. 199-213).

¹⁰ Neste sentido afirma Juliana Wernek de Camargo: “Entendemos, assim, que não só a progressividade no tempo é instrumento hábil para o Estado alcançar os objetivos de nossa República expressos na política de desenvolvimento urbano. Também a progressividade em função da localização e do uso do imóvel, a regressividade, a seletividade e a isenção constituem técnicas lícitas de utilização extrafiscal do IPTU como instrumento bastante de atuação urbanística do Poder Público, desde que sua instituição e utilização, por óbvio, estejam balizadas nas condições delineadas pela Constituição, e que sua destinação esteja atrelada àqueles fins de pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, para o cometimento dos objetivos fundamentais cravados no artigo 3º da Constituição” (2008, p. 162).

¹¹ Afirma o art. 4º do referido Decreto: “A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda”.

¹² Sobre o tema ler: Maricato; Ferreira (2002, pp. 215-250).

¹³ Neste sentido, ver Alfonsín (2006, pp. 287-300).

¹⁴ Certificado de Potencial Adicional de Construção. São valores imobiliários decorrentes do solo criado utilizados como forma de pagamento para se construir acima do coeficiente básico de aproveitamento no âmbito da operação urbana consorciada.

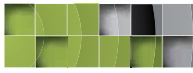
¹⁵ Construída a partir das discussões no Fórum Social Mundial de 2002, no Fórum Social das Américas, na cidade de Quito, em julho 2004, no Fórum Mundial Urbano, na cidade de Barcelona, em setembro de 2004, no V Fórum Social Mundial, na cidade de Porto Alegre, em janeiro 2005 e no III Fórum Urbano Mundial na cidade de Vancouver, em junho de 2006.

¹⁶ Barbosa Moreira (1994, p. 62). Sobre a abrangência do direito, manifestam-se Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 143); Pedro Armando Egydio de Carvalho (1993, p. 303).

¹⁷ Nery Junior e Nery (2006, p. 140); Dinamarco (2004, p. 678); Lopes (1999, p. 48).

¹⁸ Bueno (2007, p. 139); Marcacini (1996, p. 33). Neste sentido, também Cleber Francisco Alves (2006, pp. 274-275).

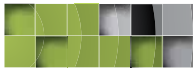
¹⁹ Ramos (2000, p. 32). Sistema semelhante ao “sistema judicare”, Cappelletti e Garth, (1988, p. 41). Neste passo também se posiciona Boaventura de Souza Santos: “a construção de uma Defensoria Pública, nos moldes como está prevista sua actuação no Brasil, acumula diferentes vantagens potenciais: universalização do acesso através da assistência por profissionais formados e recrutados especialmente para esse fim, assistência jurídica especializada para a defesa de interesses colectivos e difusos, diversificação do atendimento e da consulta jurídica para além da resolução judicial dos litígios, promovendo a conciliação e a



resolução extrajudicial dos conflitos e ainda actuando na educação de direitos. A concepção de justiça democrática que tenho defendido tem especial consideração o papel da Defensoria Pública na construção de uma nova cultura jurídica de consulta, assistência e patrocínio judiciário” (SANTOS, 2009, p. 6).

²⁰ Afirma o dispositivo legal: “São objetivos da Defensoria Pública: I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; II – a afirmação do Estado Democrático de Direito; III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório”.

²¹ Sobre os princípios constitucionais do direito Urbanístico, ler: Saule Júnior (1997, pp. 43-73).



Intervenção da Defensoria Pública nos litígios coletivos possessórios

Public Defender's intervention in the collective possessory lawsuits

Arianne Kwon Ieiri

Defensora Pública do Estado de São Paulo

Resumo

O artigo objetiva discutir a intervenção da Defensoria Pública nos litígios coletivos possessórios a partir das modificações trazidas pela Lei nº. 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil de 2015.

Será feita análise da natureza jurídica de sua atuação, da necessidade de citação pessoal dos ocupantes, da legitimidade para interpor recursos e da obrigatoriedade de realização de audiência de mediação independentemente do tempo de posse, levando-se em consideração a missão constitucional da Defensoria Pública e partindo-se da premissa de que tais alterações devem ser interpretadas, sempre, em benefício da população vulnerável e em respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Código de Processo Civil. Litígios coletivos possessórios.

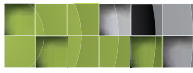
Abstract

The article aims to discuss the Public Defender's intervention in the collective possessory lawsuits considering the modifications brought by the Federal Law nº. 13.105/2015, which created the Civil Procedural Code.

The paper will analyze the legal nature of the Public Defender's Office intervention, the necessity of personal notification of residents, the possibility of an appeal, and the obligation of trying mediation regardless of the time of the possession.

This analysis will take into account the constitutional mission of the Public Defender's Office, starting from the premise that any legislative modification has to be interpreted, always, in the benefit of the vulnerable population and in respect of the constitutional principles of the due process of law.

Keywords: *Public Defender. Civil Procedural Code. Collective Possessory Lawsuits.*



Introdução

A Lei nº. 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, foi concebida sob a égide e influência da Constituição Federal de 1988 e positivou o fenômeno da constitucionalização do Direito Processual¹. Dentre as mudanças, reconheceu a importância da atuação da Defensoria Pública na defesa dos direitos da população vulnerável nos litígios coletivos possessórios, passando a prever no artigo 554, §1^o a obrigatoriedade de sua intimação sempre que figurar no polo passivo grande número de pessoas em situação de hipossuficiência econômica³.

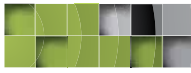
A Defensoria Pública sempre atuou em litígios coletivos possessórios, patrocinando os interesses dos ocupantes quando estes procuravam atendimento ou, então, quando era intimada para atuar como curadora especial nos casos em que tivesse ocorrido a citação por hora certa ou por edital. Em diversas hipóteses, no entanto, os ocupantes não procuravam atendimento e o processo tramitava sem que a instituição tivesse ciência e pudesse se manifestar. Muitas vezes, somente era procurada quando do cumprimento do mandado de reintegração.

A referida intimação fundamenta-se na própria atuação da Defensoria Pública como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida, como expressão e instrumento do regime democrático, de prestar orientação jurídica, promover os direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, de forma integral e gratuita (artigo 134 da Constituição Federal).

E, sendo a moradia um direito fundamental social, que constitui exigência e concretização da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2011, p. 108), nada mais lógico do que prever a necessidade de sua intimação para intervir nos litígios coletivos possessórios em prol dos vulneráveis, garantindo, com isso, o respeito à ampla defesa e ao contraditório (artigo 4^o, incisos V e X da Lei Federal nº. 80/1994) e possibilitando a adoção de medidas extrajudiciais junto ao Poder Público⁴.

Tal intervenção vai ao encontro dos objetivos da Defensoria Pública – primazia da dignidade da pessoa humana e redução das desigualdades sociais, afirmação do Estado Democrático de Direito, prevalência e efetividade dos direitos humanos e garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (elencados pelo artigo 3^o-A da Lei Complementar Federal nº. 80/1994) – e se faz cada vez mais necessária em uma realidade marcada pela profunda desigualdade social, pela insuficiência das políticas públicas existentes e pelos crescentes conflitos possessórios, na qual ocupar se torna a única alternativa de moradia para parte considerável da população.

No presente artigo será feita uma análise das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil no tocante aos litígios coletivos possessórios, levando-se em consideração a missão constitucional da Defensoria Pública e partindo-se da premissa de que tais alterações devem ser interpretadas, sempre, em benefício da população hipossuficiente e em respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.



Da natureza jurídica da atuação da Defensoria Pública

Existem divergências na doutrina a respeito da natureza jurídica da atuação da Defensoria Pública nos litígios coletivos possessórios e essa discussão é importante para que se verifique a que título a instituição ingressa nos autos após a intimação prevista no artigo 554, §1º, do Código de Processo Civil, e qual a extensão de seus poderes para a prática de atos processuais.

Há parcela que acredita que “a Defensoria Pública defenderá o interesse dos hipossuficientes econômicos que não constituam advogado para sua defesa” (NEVES, 2017, p. 945), existindo mera representação processual. Outra parcela, defende que se cuida de legitimação extraordinária passiva, pois a instituição atuará em nome próprio defendendo os interesses dos ocupantes pessoalmente citados e daqueles que foram citados por edital:

(...) interessa-nos considerar esta atuação como verdadeira hipótese de legitimação extraordinária, cabendo a Defensoria Pública atuar em nome próprio no interesse alheio, ou seja, dos ocupantes pessoalmente citados, bem como os demais ocupantes citados por edital, nos termos da disciplina estabelecida pelo novo código, que não deve ser confundida com a hipótese de curadoria especial prevista no artigo 72, II.

Possivelmente, temos um embrião de uma ação coletiva passiva, instituto muito estudado na doutrina, mas pouco enfrentado na prática judicial, ante o falho argumento de ausência de previsão legal. A tutela coletiva pode significar o exercício de demanda onde um grupo deva ocupar o seu polo passivo, sempre que houver correlação a um direito de caráter coletivo (SILVA, 2015)

A ação coletiva passiva não possui previsão legal, mas é discutida na doutrina. De acordo com Didier:

Há ação coletiva passiva quando um agrupamento humano for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial. Formula-se demanda contra uma dada coletividade. Os direitos afirmados pelo autor da demanda coletiva podem ser individuais ou coletivos (lato sensu) – nessa última hipótese, há uma ação duplamente coletiva, pois o conflito de interesses envolve duas comunidades distintas. Seguindo o regime jurídico de toda ação coletiva, exige-se para a admissibilidade da ação coletiva passiva que a demanda seja proposta contra um representante adequado (legitimado extraordinário para a defesa de uma situação jurídica coletiva) e que a causa se revista de ‘interesse social’. (DIDIER, ZANETI JR, 2013, p. 435-436).

Não se cuida, no entanto, de ação coletiva passiva, pois a Defensoria Pública não atuará como substituta processual dos ocupantes, que são os legitimados ordinários e que devem ser citados pessoalmente. Defender que tal instituto é exemplo de ação coletiva passiva representa, em realidade, violação à ampla defesa e ao contraditório participativo.

Caso se adotasse os posicionamentos acima expostos, a instituição não poderia atuar nos processos nos quais os ocupantes tenham constituído advogado particular e, ao mesmo tempo, a apresentação de contestação por parte da instituição resultaria na preclusão do direito dos ocupantes posteriormente apresentarem defesas individuais – o que significa, na prática, que a atuação da Defensoria Pública excluiria a participação direta dos legitimados ordinários, como bem pontua José Aurélio de Araújo:



(...) a ação coletiva passiva é absolutamente antagônica ao contraditório participativo e à ampla defesa, não sendo admissível em geral e, menos ainda, no litígio coletivo de posse.

(...) a própria Defensoria Pública não pode excluir a participação direta dos legitimados ordinários, sob pena de se desvirtuar de sua natureza democrática e tornar-se uma instituição autoritária que supõe quais são os interesses de determinada coletividade sem consultá-la constantemente. (ARAÚJO, 2015, p. 334)

A melhor interpretação, assim, é considerar a atuação como uma “forma de intervenção de terceiro em nome do interesse institucional da Defensoria Pública (tutela da coletividade necessitada)” (MAIA, 2016, p. 1283).

De acordo com Maurílio Casas Maia:

A Defensoria Pública tem vocação constitucional para a tutela dos necessitados e dos direitos humanos. A Constituição (*art. 134 c/c inciso LXXIV, art. 5º*), por sua vez, não delimita a forma de atuação judicial ou extrajudicial da Defensoria Pública em *representação* ou em *apresentação institucional*. Tal zona de abertura constitucional – ao lado do reforço da visão da Defensoria enquanto legitimada coletiva –, permitiu a visualização de um “Estado Defensor” cuja missão é atuar em favor das *necessidades humanas* e dos mais *vulneráveis*, cedendo espaço às denominações conectadas à tutela subjetiva de direitos, tais como *Custos Vulnerabilis*, *Amicus Communitas* e *Custos Plebis*.

Não obstante existam diversos estudos sobre a atividade defensorial de *representação* dos necessitados e de *apresentação institucional* na esfera coletiva, a atividade interventiva da Defensoria Pública – enquanto terceira interveniente –, segue ainda com poucas análises profundas. (...)

Menção expressa deve ser feita quanto à intervenção defensorial nas possessórias *multitudinárias* e *coletivas*. (MAIA, 2016, p. 197)

Note-se que, a despeito do Código de Processo Civil prever cinco hipóteses de intervenção de terceiros (assistência, denúncia à lide, chamamento ao processo, incidente de desconsideração da personalidade jurídica e *amicus curiae*), o rol não é taxativo, existindo outras modalidades de intervenção⁵ – e, uma delas, é exatamente a intervenção institucional acima mencionada.

A Defensoria Pública, ao atuar com esteio no artigo 554, §1º, não o faz representando diretamente os moradores e atua de ofício, após intimação, independentemente destes constituírem ou não advogado particular. Intervém como guardião dos interesses dos vulneráveis, sem os substituir, de modo a garantir a ampla defesa e o contraditório na figura de *custos vulnerabilis*, ampliando e qualificando o debate.

Da necessidade de citação pessoal dos ocupantes

É importante destacar que a intimação da Defensoria Pública não exclui a necessidade de citação pessoal dos réus. Permitir a intervenção em prol da coletividade vulnerável sem que houvesse prévia necessidade de citação violaria o contraditório e a ampla defesa e faria com que a instituição atuasse como substituta processual dos ocupantes, o que não



é o caso – sobretudo porque, como supramencionado, a atuação se dará independentemente do comparecimento dos requeridos para atendimento ou destes terem constituído advogado particular.

O oficial de justiça deve comparecer no local e citar pessoalmente todos os ocupantes (artigo 554, §2º, do Código de Processo Civil), somente sendo autorizada a citação por edital daqueles que não forem encontrados. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já se manifestou sobre a nulidade do feito quando não houver citação por edital dos ocupantes não encontrados pelo oficial de justiça (Recurso Especial nº. 1.314.615/SP⁶).

Em seguida, cabe ao juízo determinar que se dê ampla publicidade acerca da existência da ação e dos respectivos prazos processuais, podendo utilizar, para tanto, todos os meios de comunicação locais disponíveis (artigo 554, §3º, do Código de Processo Civil), tais como anúncios de jornal ou rádios, afixação de cartazes em locais públicos, carros de sons, dentre outros.

O artigo não deveria ter limitado o comparecimento do oficial de justiça a apenas uma vez (insuficiente para identificação dos moradores de uma ocupação) e a citação por edital somente poderia ter sido autorizada após esgotados todos os meios para citação pessoal, que continua sendo a regra geral (artigo 242, Código de Processo Civil). Tais medidas, aptas a garantir que os moradores (muitas vezes apontados como desconhecidos na exordial) pudessem ser identificados, garantindo o contraditório e a ampla defesa, todavia, foram desconsideradas.

Da legitimidade recursal

A Defensoria Pública, ao atuar na figura de *custos vulnerabilis*, o faz em nome próprio e na qualidade de guardião dos interesses dos hipossuficientes, sem os substituir, com intuito de garantir a ampla defesa e o contraditório.

Para tanto, deve ser intimada de todos os atos processuais (artigos 44, inciso I, 89, inciso I e 128, inciso I da Lei Complementar nº. 80/1994 e 186, §1º do Código de Processo Civil), sob pena de nulidade, e pode adotar todas as medidas judiciais e extrajudiciais para tutelar o direito dos ocupantes.

É possível, inclusive, fazer um paralelo com a atuação do Ministério Público, que intervém como *custos legis*, sem representar nenhuma das partes e com o objetivo de fiscalizar a ordem jurídica. Ao atuar como *custos vulnerabilis* – ou seja, como interveniente institucional em prol da defesa dos interesses dos vulneráveis – a Defensoria Pública, da mesma forma, deve ter respeitadas as prerrogativas previstas no artigo 179 do Código de Processo Civil: vista dos autos depois das partes, intimação de todos os atos processuais e poder para produzir provas, requerer as medidas processuais cabíveis e recorrer.

A legitimidade recursal é a extensão da legitimidade *ad causam* e origina-se da obrigatoriedade de sua intervenção institucional nos casos de litígios coletivos possessórios. A intervenção institucional, por sua vez, é o instrumento por meio do qual a Defensoria Pública zela pela preservação dos direitos dos hipossuficientes e garante a democratização do processo.



Acerca da instrumentalidade do processo e de sua relação com o direito material, Freddier Didier Jr. afirma que

O processo deve ser compreendido, estudado e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para a qual serve de instrumento de tutela. (...)

Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material (...). O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o *valor* que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais. (DIDIER JR., 2017, p. 45-47)

Permitir a intervenção defensorial de forma ampla, com legitimidade recursal e independentemente da constituição ou não de advogado particular por parte dos réus (ou deste ter ou não apresentado recurso), assim, é a única forma de se garantir o contraditório – que é o “reflexo do princípio democrático na estruturação do processo” (DIDIER, 2017, p, 91) e que compreende não só a garantia de participar no processo, mas também de efetivamente influenciar no conteúdo da decisão judicial. Entendimento diverso feriria o próprio escopo para o qual a lei foi criada.

Recentemente, inclusive, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a qualidade de *custos vulnerabilis* da Defensoria Pública e sua legitimidade para intervir no feito e interpor recursos:

Agravo de Instrumento. Decisão que, em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Estadual, (i) deferiu pedido de antecipação de tutela para determinar que a Municipalidade retire os moradores de área de alto grau de risco de deslizamento, com a demolição destes imóveis e o alojamento adequado dessas famílias; (ii) indeferiu o ingresso da Defensoria Pública Estadual para intervir no feito. Recurso da Defensoria Pública objetivando sua intervenção na lide, em nome próprio, bem assim a revogação da tutela de urgência e a citação de todos os ocupantes da área. Parcial admissibilidade. Hipótese em que a presente ação atinge a esfera jurídica de pessoas em situação de hipossuficiência econômica, a justificar a intervenção da Defensoria Pública, em nome próprio, na qualidade de “custos vulnerabilis et plebis”. Inacolhíveis os demais pedidos. ACP que busca a proteção do meio ambiente e da integridade física dos ocupantes da área, não se confundindo com tutela possessória. Presentes os requisitos necessários à concessão e manutenção da tutela de urgência. Recurso parcialmente provido. (TJ/SP – Agravo de Instrumento nº. 2007125-58.2018.8.26.0000 – Guarulhos – 11ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Aroldo Viotti – j. 10/07/2018)

Da audiência de mediação

Além do artigo 554, §1º, outro artigo que menciona de forma expressa a intervenção defensorial é o 565, §2º, que prevê a obrigatoriedade do juízo, nos casos de litígios coletivos possessórios provenientes de esbulho ou turbação que envolvam posse velha, designar audiência de mediação antes de apreciar a liminar pleiteada (ou, quando deferida, não tiver sido executada no prazo de um ano) e intimar a Defensoria Pública sempre que houver “parte beneficiária de gratuidade da justiça”:



Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.

§ 1º Concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, nos termos dos §§ 2º a 4º deste artigo.

§ 2º O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça.

§ 3º O juiz poderá comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional.

§ 4º Os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório.

§ 5º Aplica-se o disposto neste artigo ao litígio sobre propriedade de imóvel.

De início, verifica-se que houve indevida utilização do termo “parte beneficiária da justiça gratuita”. A Constituição Federal, em nenhum momento, limitou a atuação da Defensoria Pública ao critério meramente econômico, pontuando que ela atua em prol dos necessitados, termo este que não pode ser interpretado de forma restritiva:

A atuação da Defensoria Pública é regulamentada pela LC federal 80/94, valendo desde logo ressaltar que há um razoável consenso no sentido de que a expressão necessitado não comporta leitura simplista ou reducionistas, mas deve antes estender-se para alcançar outras situações de vulnerabilidade, para além daquela estritamente financeira (...). (MANCUSO, 2013, p. 260)

E, ainda que o critério econômico seja um indicativo de necessidade, existem outros tipos de vulnerabilidades e a Defensoria Pública é legitimada para atuar em favor de todos aqueles considerados necessitados, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 3943⁷.

Ademais, afigurou-se indevida a obrigatoriedade de realização de audiência de mediação somente quando se cuidar de posse velha. Os litígios coletivos possessórios caracterizam-se pelo grande número de pessoas e pela complexidade decorrente das características do direito tutelado (direito à moradia), sendo essencial a realização de audiência de mediação independentemente do tempo da posse.

A retirada liminar dos ocupantes da área litigiosa não solucionará o conflito possessório: ela o agravará, forçando moradores, já excluídos da política habitacional, a buscarem novas alternativas. A mediação, inclusive, é útil mesmo quando há deferimento da liminar e sua manutenção pelas cortes superiores, para que todos os envolvidos possam pensar, de forma conjunta, na minimização dos danos inerentes ao seu cumprimento.

É curioso notar que, durante a tramitação do projeto que originou o Código de Processo Civil, ocorreram debates e alterações a respeito da obrigatoriedade ou não da designação de audiência de mediação a depender do tempo de posse. O relatório final apresentado pela Câmara dos Deputados previa a possibilidade realização de audiência de



mediação nas hipóteses de posse nova, reconhecendo a importância da tentativa de solução consensual nos casos dos litígios coletivos possessórios, e a obrigatoriedade de sua designação quando fosse caso de posse velha⁸. Ao final, no entanto, houve sua modificação.

Deve-se, portanto, defender a obrigatoriedade de designação de audiência de mediação sempre que houver litígio possessório coletivo, independentemente do tempo da posse, o que, inclusive, está em consonância com o disposto nos artigos 3º, §3º e 190 do Código de Processo Civil.

Como leciona José Aurélio de Araújo:

(...) os juízes atendendo ao fim social da propriedade e da norma, aos direitos envolvidos e, principalmente, à complexidade subjetiva do conflito posto em julgamento e à complexidade objetiva da execução de medidas para desocupação do imóvel – concessão de benefícios assistenciais, transferências para abrigo, desapropriação, garantia de moradia definitiva, etc. -, devem aplicar a norma do art. 190, procedendo à adaptabilidade procedimental em concreto e em cooperação. (ARAÚJO, 2015, p. 334)

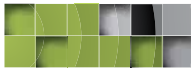
Ademais, considerando que as questões que permeiam esses casos são complexas e ultrapassam o mero interesse das partes, envolvendo políticas habitacionais, planejamento urbano e, muitas vezes, questões ambientais, é imprescindível que os órgãos responsáveis pela política agrária e urbana da União, Estado, Distrito Federal e Município no qual se situa o imóvel objeto da demanda também participem da mediação.

Assim, o Código de Processo Civil, deveria ter tratado da intimação dos órgãos de política urbana e agrária dos entes federativos como uma obrigatoriedade – e não mera faculdade do juízo –, sobretudo porque o conflito possessório se inicia, exatamente, por problemas na política habitacional vigente, que é insuficiente para solucionar o déficit habitacional.

A presença de tais entes na audiência permite que sejam discutidas outras alternativas para solucionar o conflito possessório. Pode-se, assim, verificar a possibilidade de atendimento habitacional temporário ou definitivo das famílias por meio de programas sociais, de regularização fundiária, dentre outras medidas.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inclusive, reconheceu a necessidade de contatar outros atores sociais para solução dos conflitos possessórios complexos e possui um grupo de apoio denominado GAORP (Grupo de Apoio às Ordens Judiciais de Reintegração de Posse), que conta com a participação do Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e representantes das esferas Federal, Estadual e Municipal⁹ – dentre os quais se incluem representantes do Ministério das Cidades (Federal), da Secretaria de Habitação, da Secretaria de Desenvolvimento Social, da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo (CDHU), da Secretaria Municipal da Habitação, da Secretaria Municipal das Prefeituras Regionais.

A despeito do nome, o grupo não objetiva apenas o cumprimento de ordens de reintegração de posse, servindo como campo para que diversos entes públicos possam dialogar sobre alternativas para solução do conflito possessório.



A leitura que deve ser dada ao artigo, portanto, é da obrigatoriedade de realização da referida audiência de mediação antes da apreciação do pedido liminar sempre que se cuidar de litígio coletivo possessório que envolva pessoas em situação de hipossuficiência, independentemente do tempo de ocupação, bem como da intimação dos órgãos públicos responsáveis pela política agrária e urbana do local onde se situe o imóvel objeto do litígio.

Conclusão

O Código de Processo Civil de 2015, reconhecendo a importância da Defensoria Pública na defesa dos direitos da população vulnerável nos litígios coletivos possessórios, passou a prever a obrigatoriedade de sua intimação sempre que figurar no polo passivo grande número de pessoas em situação de hipossuficiência.

Nesses casos, a Defensoria Pública não atua como mera representante da parte ou como legitimada extraordinária: atua de ofício, após a intimação, independentemente dos moradores terem ou não constituído advogado particular. Intervém como guardião dos interesses dos vulneráveis, sem os substituir, de modo a garantir a ampla defesa e o contraditório na figura de *custos vulnerabilis* e, para isso, deve ser intimada de todos os atos processuais e pode adotar todas as medidas judiciais e extrajudiciais para tutelar o direito dos ocupantes.

As inovações trazidas pelo Código de Processo Civil, assim, possibilitaram a intervenção defensorial, mas devem ser interpretadas com cautela e sempre na perspectiva de ampliação e qualificação do debate, jamais podendo limitar o direito de defesa dos vulneráveis.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, José Aurélio de. O litígio coletivo da posse dos artigos 554 e 565 do novo CPC e a natureza da atuação da Defensoria Pública. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (org.), Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 05, Defensoria Pública. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. IV. 8. Ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MAIA, Maurílio Casas. A intervenção de terceiro da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias do NCPC: colisão de interesses e posições processuais dinâmicas. In: DIDIER JR., Fredie. *Novo CPC doutrina selecionada*. Vol. Salvador: JusPodivm, 2016.

MAIA, Maurílio Casas. Litisconsórcio e intervenção de terceiros no novo CPC de 2015: uma visão geral. In *CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública*, org. SILVA, Franklyn Roger Alves Silva, Ed. JusPodivm, 2016.



MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 8ª edição, São Paulo: Ed. RT, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. *Manual de Direito Processual Civil – Volume único*. 9ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Franklyn Roger Alves. *Novo CPC prevê atuação da Defensoria em ação possessória multitudinária*, 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-dez-08/tribuna-defensoria-atuacao-defensoria-publica-acoes-possessorias-multitudinarias#sdfootnote1sym>, acesso em 19/05/2019.

Notas

¹ O fenômeno da constitucionalização do Direito Processual, de acordo com Fredie Didier, pode ser visto em duas dimensões: “Primeiramente, há a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais. (...). Os principais exemplos são o direito fundamental ao processo devido e todos os seus corolários (contraditório, juiz natural, proibição da prova ilícita, etc.). (...). De outro lado, a doutrina passa a examinar as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais, valendo-se, para tanto, do repertório teórico desenvolvido pelos constitucionalistas.” (DIDIER JR, 2017, 54-55)

² “Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados.
§ 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.
§ 2º Para fim da citação pessoal prevista no § 1º, o oficial de justiça procurará os ocupantes no local por uma vez, citando-se por edital os que não forem encontrados.
§ 3º O juiz deverá determinar que se dê ampla publicidade da existência da ação prevista no § 1º e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios.”

³ O Código de Processo Civil não conceitua o que seria litígio coletivo, prevendo apenas que ele é caracterizado por um grande número de pessoas em situação de “hipossuficiência econômica”. O termo “hipossuficiência econômica”, no entanto, foi utilizado de forma indevida, pois a Constituição Federal não limitou a atuação da Defensoria Pública ao critério meramente econômico, existindo outros tipos de vulnerabilidades (v.g. hipossuficiência organizacional).

⁴ O próprio Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257/2001) prevê, em seu artigo 4º, inciso I, alínea “r”, a assistência jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos como um dos instrumentos da política urbana.

⁵ Acerca deste tema, Daniel Amorim Assumpção Neves leciona que “(...) nem todas as intervenções encontram sua justificação nessas modalidades típicas de intervenção de terceiro, o que demonstra que o rol legal é meramente exemplificativo. Previsões legais esparsas que permitem a intervenção de um terceiro em processo já em andamento e que não são tipificáveis em nenhuma dessas cinco modalidades, constituem as chamadas intervenções de terceiros atípicas. A definição dessa espécie de intervenção dependerá da amplitude que se pretenda dar à atipicidade, não existindo unanimidade na doutrina a respeito de quais efetivamente sejam essas intervenções”. (NEVES, 2017, p. 336)



⁶ “RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INVASÃO COLETIVA DE IMÓVEL POR NÚMERO INDETERMINADO DE PESSOAS. CITAÇÃO POR EDITAL DOS INVASORES NÃO ENCONTRADOS PELO OFICIAL DE JUSTIÇA. NECESSIDADE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO MULTITUDINÁRIO FORMADO POR RÉUS INCERTOS. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO FICTA. NULIDADE DO FEITO. (...)”

2. Nas ações possessórias voltadas contra número indeterminado de invasores de imóvel, faz-se obrigatória a citação por edital dos réus incertos.

3. O CPC/2015, visando adequar a proteção possessória a tal realidade, tendo em conta os interesses público e social inerentes a esse tipo de conflito coletivo, sistematizou a forma de integralização da relação jurídica, com o fito de dar a mais ampla publicidade ao feito, permitindo que o magistrado se valha de qualquer meio para esse fim.

4. O novo regramento autoriza a propositura de ação em face de diversas pessoas indistintamente, sem que se identifique especificamente cada um dos invasores (os demandados devem ser determináveis e não obrigatoriamente determinados), bastando a indicação do local da ocupação para permitir que o oficial de justiça efetue a citação daqueles que forem lá encontrados (citação pessoal), devendo os demais serem citados presumidamente (citação por edital).

5. Na hipótese, deve ser reconhecida a nulidade de todos os atos do processo, em razão da falta de citação por edital dos ocupantes não identificados.

6. Recurso especial provido.”

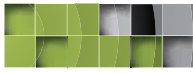
⁷ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRITO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.”

⁸ “Art. 579. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido:

I – há menos de ano e dia, o juiz poderá, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, designar audiência de mediação, que observará o disposto nos §§ 2.º a 4.º deste artigo; uma vez designada, a audiência deve realizar-se em até sete dias, contados da data da propositura da ação;

II – há mais de ano e dia, o juiz deverá, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, designar a audiência de mediação, que observará o disposto nos §§ 2.º a 4.º deste artigo.” – Relatório Final, PL8046, 2013, Câmara dos Deputados.

⁹ Portaria nº 9.602/2018 da Secretaria da Presidência do Tribunal e Justiça.



Os cortes de fornecimento de água e energia elétrica por inadimplemento à luz dos Direitos Fundamentais

Cutting off water and electricity supply due to default in the light of Fundamental Rights

Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes Piccina
Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP.
Defensor Público do Estado de São Paulo.

Resumo

O presente artigo tem por escopo abordar a questão dos cortes de fornecimento de água e energia elétrica decorrentes do inadimplemento do usuário sob o enfoque dos Direitos Fundamentais.

Com esse objetivo, serão abordados a legislação infraconstitucional e o entendimento jurisprudencial sobre o assunto, buscando trazer o leitor para uma reflexão acerca da solução constitucionalmente adequada para os diversos casos concretos submetidos ao Poder Judiciário.

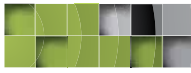
Palavras-chave: Cortes de fornecimento de água e energia elétrica por inadimplemento. Direitos Fundamentais.

Abstract

This article is intended to address the issue of water and electricity supply cuts resulting from user default under the focus of Fundamental Rights.

For this purpose, the infraconstitutional legislation and the jurisprudential understanding on the subject will be approached, seeking to bring the reader to a reflection about the constitutionally appropriate solution for the several concrete cases submitted to the Judicial Power.

Keywords: *Cutting off water and electricity supply due to default. Fundamental Rights.*



Introdução

Diuturnamente, a questão envolvendo o cabimento dos cortes de fornecimento de água e energia elétrica em virtude do inadimplemento do usuário é trazida ao Poder Judiciário que, a depender das peculiaridades do caso concreto, considera-os devidos ou não à luz da legislação aplicável à espécie.

O exame de tais situações exige, por certo, um olhar cuidadoso, haja vista a inegável essencialidade desses serviços públicos, diretamente ligados às atividades básicas do ser humano como higiene, alimentação, entre outras.

Nessa linha, buscaremos identificar, inicialmente, os dispositivos legais incidentes nessa seara e como tem sido o entendimento jurisprudencial sobre a matéria. Após, traremos a lume uma série de casos concretos nos quais os cortes de tais serviços podem resultar em graves ofensas aos Direitos Fundamentais dos indivíduos envolvidos, de modo a desenvolver uma profunda e necessária reflexão sobre o assunto e, ao final, propor uma solução constitucionalmente adequada para tais hipóteses.

Legislação infraconstitucional sobre a matéria

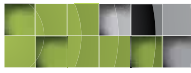
O artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor prevê a obrigação dos órgãos públicos (por si ou por meio de suas empresas, concessionárias ou permissionárias) de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, no que se refere aos essenciais (como é o caso do fornecimento de água e energia elétrica), contínuos, sob pena de serem compelidos a fazê-lo, bem como a reparar eventuais danos causados.

Isso não significa, evidentemente, que o dever de fornecimento deve ser assegurado ao usuário inadimplente de modo irrestrito, sob pena de inviabilizar a própria prestação de tais serviços.

Assim, a possibilidade dos cortes de energia elétrica e água decorrentes do inadimplemento do usuário encontra amparo na legislação infraconstitucional, pressupondo, inicialmente, o aviso prévio do corte por tal motivo, nos termos do artigo 6º, § 3º, inciso II da Lei 8.987/95 e do artigo 40, inciso V da Lei 11.445/07 (essa última especificamente a respeito do fornecimento de água e com prazo mínimo de trinta dias da data prevista para o corte, nos termos do artigo 40, § 2º da mesma lei).

Também cabe lembrar que, na cobrança de débitos, é vedado expor a ridículo o consumidor inadimplente ou mesmo submetê-lo a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça, conforme dicção do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor.

Em linhas gerais, esses seriam os dispositivos legais pertinentes ao tema, permitindo-nos investigar, a partir desse ponto, o entendimento jurisprudencial a respeito do mesmo, de modo a identificar quais seriam os requisitos exigidos para autorizar os cortes de água e energia elétrica na hipótese de inadimplemento do usuário.



Requisitos exigidos para os cortes de fornecimento de água e energia elétrica à luz da legislação infraconstitucional e do entendimento jurisprudencial

Como vimos, um dos requisitos para se permitir os cortes de água e energia elétrica do usuário inadimplente diz respeito ao aviso prévio fixado no artigo 6º, § 3º, inciso II da Lei 8.987/95 e no artigo 40, inciso V da Lei 11.445/07.

Além disso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se (e tem sido seguida pelos demais Tribunais do País) no sentido de que, além do aviso prévio, o corte em caso de inadimplemento somente cabe se se tratar de dívida atual.

Portanto, dois são os requisitos (cumulativos) básicos apontados pela legislação infraconstitucional e jurisprudência para se permitir os cortes de fornecimento de água e energia elétrica em virtude do inadimplemento do usuário, a saber: a) existência de **aviso prévio** (notificação formal) acerca da possibilidade do corte em decorrência do não pagamento das contas em atraso; e b) tratar-se de **dívida atual**.

Em sentido contrário, caso **não haja o mencionado aviso prévio** (ainda que envolva dívida atual), o corte reputa-se **indevido**. Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

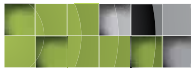
(...) A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de ser devido o corte no fornecimento de água, após prévio aviso, ante a inadimplência de conta atual do usuário. Entretanto, na espécie, **não houve o prévio aviso**, segundo consignado no acórdão recorrido, **motivo pelo qual o corte se deu de forma ilegal** (...) (AgRg no AREsp 412.822/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 25/11/2013)

Noutro giro, ainda que haja aviso prévio, na hipótese de se tratar de **dívida pretérita consolidada**, o corte de fornecimento de água e energia elétrica caracteriza conduta **ilegal**. Nessa linha, destacamos o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

(...) Atinente aos arts. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95 e 40, V, da Lei 11.445/2007, o STJ pacificou entendimento de que corte de fornecimento de água pressupõe **inadimplência de conta regular, relativa ao mês do consumo**, sendo **inviável**, pois, a suspensão do abastecimento em razão de **débitos antigos**, devendo a companhia utilizar-se dos meios ordinários de cobrança, não se admitindo nenhuma espécie de constrangimento ou ameaça ao consumidor, nos termos do art. 42 do CDC.(...) (REsp 1663459/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 10/05/2017)

Por fim, é importante destacar que, acaso a dívida esteja sendo **discutida em juízo**, também **não cabe** o corte, vez que ainda não haveria a sua consolidação e certeza acerca de sua exigibilidade. Seguindo a esteira desse entendimento, temos os seguintes acórdãos de lavra do Superior Tribunal de Justiça:

(...) Por fim, frise-se que **não é possível o corte de fornecimento de água com base no inadimplemento de faturas cujos valores estão sendo contestados perante o Poder Judiciário** (...) (AgRg no Ag 1415380/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 14/09/2011)



(...) **Não é devida a suspensão do serviço de fornecimento de água por inadimplemento nas hipóteses em que os valores das tarifas estão sendo discutidos em juízo** (...) (AgRg na RCDESP no REsp 964.007/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 24/08/2010)

Aliás, não são raros os casos em que os valores exigidos pelo fornecimento de água e energia elétrica são exorbitantes por alguma razão (devido a um defeito técnico no equipamento responsável pela medição do consumo, por exemplo), de modo que o consumo esperado, levando-se em conta fatores como a quantidade de pessoas e eletrodomésticos no local, não corresponde ao consumo apurado pelo órgão responsável. Essa situação acaba por dificultar, injustificadamente, o adimplemento das contas pelo usuário, expondo-o ao corte do fornecimento, além de obrigá-lo a, quando não solucionado extrajudicialmente o litígio, ajuizar uma ação perante o Poder Judiciário para questionar o valor cobrado em excesso.

Esse seria, assim, o panorama geral acerca da matéria, servindo de norte para se identificar o cabimento ou não dos cortes de água e energia elétrica decorrentes do inadimplemento do usuário.

Contudo, há diversas peculiaridades trazidas pelo caso concreto que apontam para um necessário juízo de ponderação acerca dos valores e bens jurídicos envolvidos, o qual, muitas vezes, impede tais cortes, sob pena de grave ofensa a direitos fundamentais, cujo detido exame faremos nos itens a seguir.

Cortes de água e energia elétrica por inadimplência de entes públicos

Em muitas situações, os cortes de fornecimento de água e energia elétrica decorrente de inadimplência de entes públicos pode vir a afetar um número expressivo de pessoas que se encontram numa mesma localidade - como é o caso de estabelecimentos de ensino e hospitais públicos, por exemplo - colocando em risco a própria vida, saúde e dignidade delas, além de prejudicar o próprio interesse da coletividade.

Por essa razão, os Tribunais consideram **ilegais** os cortes de água e energia elétrica de entes públicos de modo **indiscriminado**, vale dizer, sem preservar tais unidades públicas essenciais, como hospitais e escolas, tendo por fundamento, além da dignidade e saúde das pessoas afetadas, o próprio artigo 6º, § 3º, inciso II da Lei 8.987/95 que, ao permitir tal corte por inadimplemento do usuário, destaca ao final do referido inciso II que deverá ser **considerado o interesse da coletividade**.

No que tange ao fornecimento de energia elétrica, cabe observar que o artigo 17, “caput” da Lei 9.427/96 (lei federal que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica) autoriza a suspensão do fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento do consumidor que presta serviço público ou essencial à população, devendo, porém, ser comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual que, ao receber tal



comunicação, adotará as providências administrativas para **preservar a população dos efeitos dessa suspensão**, sem prejuízo das ações de responsabilização pela falta de pagamento que motivou a medida, nos termos do § 1º do mencionado dispositivo legal. Também em tais casos, os Tribunais não autorizam o corte de energia elétrica de modo indiscriminado, conforme acima apontado.

Para melhor ilustrar o entendimento jurisprudencial nessa seara, trazendo à baila os dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça abaixo transcritos:

(...) **As Turmas de Direito Público do STJ têm entendido que, quando o devedor for ente público, não poderá ser realizado o corte de energia indiscriminadamente em nome da preservação do próprio interesse coletivo, sob pena de atingir a prestação de serviços públicos essenciais, tais como hospitais, centros de saúde, creches, escolas e iluminação pública (...)** (AgRg no Ag 1329795/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 03/02/2011)

(...) **1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, nos casos de inadimplência de pessoa jurídica de direito público, é inviável a interrupção indiscriminada do fornecimento de energia elétrica. 2. Não há que se proceder à suspensão da energia elétrica em locais como hospitais, escolas, mercados municipais, bem como em outras unidades públicas cuja paralisação seja inadmissível, porquanto existem outros meios jurídicos legais para buscar a tutela jurisdicional, como a ação de cobrança (...)** (AgRg no REsp 1142903/AL, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 13/10/2010)

Seguindo a esteira desse posicionamento, temos o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

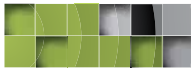
APELAÇÃO – Ação de obrigação de não fazer – Hospital filantrópico que pretende a proibição da interrupção do fornecimento de energia elétrica – Reconvenção da concessionária ré almejando o pagamento dos débitos em abertos – Sentença que julgou procedente tanto o pleito exordial como o reconvenicional – Apelo da ré – Malgrado a existência de débitos pretéritos e atuais, a apelante deverá manter o fornecimento de energia elétrica à Santa Casa de Misericórdia em razão da essencialidade do serviço que presta à população - Entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça e prestigiado por esta Corte – Sentença mantida – RECURSO DESPROVIDO

(TJSP; Apelação Cível 1002037-06.2017.8.26.0125; Relator (a): Jonize Sacchi de Oliveira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Capivari - 1ª Vara; Data do Julgamento: 13/12/2018; Data de Registro: 14/12/2018)

No que se refere ao corte de água, o legislador buscou resguardar tais situações ao contemplar na Lei 11.445/07 o seguinte comando normativo:

Art. 40. Os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador nas seguintes hipóteses: (...)

§ 3º A interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a **estabelecimentos de saúde, a instituições educacionais e de internação coletiva de pessoas** e a usuário residencial de baixa renda beneficiário de tarifa social **deverá obedecer a prazos e critérios que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas.**



Também é interessante notar que, em outro caso, o mesmo Tribunal, não obstante tenha vedado o corte de energia elétrica relativo a atividades e serviços essenciais, **autorizou** a suspensão de tal fornecimento em relação aos demais serviços tidos por **não essenciais** (no caso, a iluminação de ruas, praças e avenidas do local), como se vê no julgado abaixo transcrito:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLÊNCIA PRETÉRIA E ATUAL. ADMISSIBILIDADE DO CORTE RESSALVADAS AS ATIVIDADES ESSENCIAIS. **PROTEÇÃO QUE NÃO SE ESTENDE À ILUMINAÇÃO DE 30% DAS RUAS, PRAÇAS E AVENIDAS.** 1. A interrupção do fornecimento de energia elétrica é possível quando houver inadimplência e esta não for, exclusivamente, referente a débitos pretéritos. Referida exegese, cumpre ressaltar, **estende-se às pessoas jurídicas de direito público inadimplentes, ressaltando-se tão somente as atividades e serviços considerados essenciais.** 2. Na hipótese em apreço, as teses de prescrição e débitos consolidados não excluem a existência de dívida atual relacionada a fornecimento de energia elétrica a unidades consumidoras não compreendidas no conceito de serviço público de natureza essencial. 3. Logo, considerando o fato de que a **proibição de interrupção de fornecimento de energia elétrica deve se restringir às atividades essenciais do Município, tais como escolas, hospitais, prontos-socorros, centros de saúde, creches etc, admite-se a suspensão do serviço de iluminação para as ruas, praças e avenidas da localidade.** 4. Por fim, não consta dos autos qualquer restrição relacionada a novos pedidos de instalação, muito menos possam se estender a unidades destinadas a prestação de serviços essenciais, não se podendo tomar as advertências consignadas em troca de e-mails como fundamento para a pretensão que, ademais, sequer foi apreciada em primeiro grau. 5. Recurso improvido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2269616-25.2015.8.26.0000; Relator (a): Artur Marques; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro de Caraguatatuba - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/02/2017; Data de Registro: 06/02/2017)

Corte de água por inadimplência de usuário residencial de baixa renda beneficiário de tarifa social

A questão envolvendo o usuário residencial de baixa renda beneficiário de tarifa social também foi objeto de consideração pelo legislador, que consignou no artigo 40, § 3º da Lei 11.445/07 o seguinte:

Art. 40. Os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador nas seguintes hipóteses: (...)

§ 3º A interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a estabelecimentos de saúde, a instituições educacionais e de internação coletiva de pessoas e a **usuário residencial de baixa renda beneficiário de tarifa social** deverá obedecer a prazos e critérios que **preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas.**

De fato, a vulnerabilidade do usuário carente deve ser levada em conta para efeito de eventual interrupção ou restrição do fornecimento de água, haja vista a sua manifesta dificuldade em custear esse serviço público essencial, ainda que de maneira menos onerosa que os demais indivíduos (tarifa social), preservando-se a dignidade, vida e saúde daquele.



Justamente por essa razão, é possível identificar julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo que impedem o corte do fornecimento de água em se tratando de usuário carente, aplicando justamente o comando legal acima mencionado. Como exemplo, trazemos os seguintes acórdãos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - FORNECIMENTO DE ÁGUA – SUSPENSÃO DO SERVIÇO ANTE O INADIMPLEMENTO – RESTABELECIMENTO – POSSIBILIDADE – A interrupção do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento, nos termos do artigo 6º, §3º, III, da Lei 8789/95, **não é possível quando causar risco à saúde e integridade do consumidor – Dignidade da Pessoa Humana** - Precedentes do C. STJ – **Artigo 40, §3º, da Lei 11.445/07** que determina a manutenção de fornecimento de água que garanta condições mínimas de saúde aos consumidores de baixa renda inadimplentes – **Comprovação, no caso concreto, de situação de vulnerabilidade da agravante, de modo que, observados os requisitos da probabilidade de seu direito e perigo de danos, o imediato restabelecimento do fornecimento de água é medida que se impõe** – INCLUSÃO EM PROGRAMAS DE ISENÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – Já com relação ao pedido de inclusão em programa de isenção, não se verifica, prima facie, a probabilidade de seu direito, vez que, com a concessão do serviço, a política tarifária observada deve ser aquela prevista no contrato, não abrangida a Lei Municipal nem os Decretos Municipais mencionados.
RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
(TJSP; Agravo de Instrumento 2191299-42.2017.8.26.0000; Relator (a): Luis Fernando Nishi; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jaú - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/12/2017; Data de Registro: 11/12/2017)

Mandado de Segurança. Impetração contra corte de **fornecimento de água**. Violação ao artigo 514 do Código de Processo Civil. Ré que se limita a transcrever os mesmos argumentos apresentados quando da contestação, não atacando os fundamentos da sentença proferida. Apelo da ré não conhecido. Interrupção ilegítima do fornecimento de água. Manutenção da ordem concedida. Existência de débitos consolidados pelo tempo. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. **Lei Federal nº 11.445/07, que em seu art. 40, §3º**, prevê que a interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a estabelecimentos de saúde, a instituições educacionais e de internação coletiva de pessoas e a usuário residencial de baixa renda beneficiário de tarifa social, deverá obedecer a prazos e critérios que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas. **Imóvel da impetrante que abriga idosos e carentes. Impossibilidade de corte.** Recurso necessário improvido.

(TJSP; Apelação / Remessa Necessária 0008233-15.2010.8.26.0073; Relator (a): Ruy Coppola; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro de Avaré - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/08/2011; Data de Registro: 05/08/2011)

Sem dúvida, um juízo de ponderação que identifique, no caso concreto, que o corte de fornecimento de água possa gerar a violação aos direitos fundamentais do usuário carente inadimplente deve conduzir ao impedimento de tal corte, valendo, por evidente, o mesmo raciocínio quando se tratar do fornecimento de **energia elétrica**.

Isso porque, embora o dispositivo infraconstitucional em exame diga respeito ao fornecimento de água, é possível extrair diretamente do texto constitucional fundamento suficiente para, à luz das peculiaridades do caso concreto, impedir o corte do fornecimento de



energia elétrica, com vistas à resguardar os direitos fundamentais à vida e à saúde do usuário carente afetado, tal como estampados no artigo 5º, “caput” (direito à vida) e artigos 6º e 196 (direito à saúde) da Constituição brasileira, além de sua dignidade erigida como fundamento da República Federativa do Brasil no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Acresce-se a isso os próprios objetivos fundamentais da República consistentes na erradicação da pobreza e marginalização, bem como na redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, inciso III do texto constitucional).

Justamente nessa linha, temos o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO – RESTABELECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INTERRUÇÃO DO SERVIÇO PRESTADO PELA RÉ – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. 1. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – Aplicabilidade ao caso concreto – Serviço de fornecimento de energia elétrica – Relação de consumo. 2. CORTE DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – Ilicitude – **Autora que padece de câncer de tireoide, impossibilitada ao trabalho e que reside com sua filha, portadora de deficiência mental, e com seu pai, idoso de 90 anos – Prevalência do direito à vida, à saúde e à integridade física da usuária e dos seus parentes, para que vivam com o mínimo de dignidade, sobre o direito de crédito da concessionária – Corte no fornecimento de energia elétrica, ainda que por débito atual, descabido, à luz da situação excepcional constante dos autos, até que perdure tal conjuntura. Precedentes. 3. DANOS MORAIS – Inocorrência – Interrupção do serviço prestado pela ré decorrente de débito atual (agosto de 2017) – Prévia notificação nas próprias faturas – Inexistência de pronunciamento judicial, à época do ajuizamento da demanda, que determinasse a ininterrupção do fornecimento de energia elétrica – Exercício regular do direito – Ausência de notícias acerca da atual situação. Precedentes. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

(TJSP; Apelação Cível 1011488-30.2017.8.26.0004; Relator (a): Sergio Gomes; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IV - Lapa - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/04/2019; Data de Registro: 04/04/2019)

Cortes de água e energia elétrica envolvendo imóveis irregulares

Além da dificuldade econômica para pagar pelo consumo dos serviços essenciais de fornecimento de água e energia elétrica, as pessoas carentes também costumam enfrentar obstáculos para gozar e fruir de tais serviços em virtude da irregularidade dos imóveis onde residem.

Diversos são os casos nos quais as prestadoras de tais serviços se recusam a fornecê-los ao usuário, sob a justificativa de que os imóveis por eles habitados não possuem a correspondente matrícula junto ao cartório de registro de imóveis competente, encontram-se em local objeto de disputa em ação possessória ou então por se situarem em loteamento irregular, por exemplo.

Por certo, tais argumentos não devem prosperar, haja vista a essencialidade de tais serviços para a vida e a saúde do usuário e das demais pessoas que com ele residem no local, além da inexistência de qualquer óbice legal para fazê-lo em se tratando de imóveis irregulares.



Pelo contrário: tais fatores, além de serem, via de regra, indicativos da própria vulnerabilidade do usuário, sequer constituem hipóteses previstas em lei ou decorrentes do entendimento jurisprudencial para autorizar eventual interrupção do fornecimento de água e energia elétrica.

Na esteira desse entendimento, temos os seguintes julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Reexame Necessário. Mandado de Segurança. Ato que determinou o corte no fornecimento de água potável, **sob a justificativa de ausência de comprovação de título dominial. Ilegalidade.** Não enquadramento em nenhuma das hipóteses de interrupção do fornecimento de água previstas no artigo 40 da Lei 11.445/07, de 5 de janeiro (Lei que estabelece diretrizes nacionais para o Saneamento Básico). Caracterizada afronta ao princípio da legalidade. **Ademais, a despeito de se tratar de bem público, houve indevida interrupção de serviço público essencial, agravada pelo fato de a Administração efetuar a cobrança mensal relativa à prestação do serviço de fornecimento de água junto ao impetrante. Discussão possessória que poderá ser realizada oportunamente, por meio de ação autônoma, pelas vias ordinárias.** Segurança concedida em 1º grau. Sentença mantida. Recurso oficial não provido.

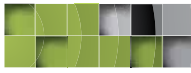
(TJSP; Remessa Necessária Cível 1007713-08.2016.8.26.0597; Relator (a): Souza Nery; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Sertãozinho - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/09/2017; Data de Registro: 26/09/2017)

MANDADO DE SEGURANÇA – PROCEDÊNCIA QUANTO À OBRIGAÇÃO DE FORNECER O SERVIÇO DE ÁGUA – EXTINÇÃO SEM ANÁLISE DO MÉRITO EM RELAÇÃO À INSTALAÇÃO DA REDE DE ESGOTO ANTE A DESISTÊNCIA DOS AUTORES - REEXAME NECESSÁRIO – **Recusa de ligação do serviço de fornecimento de água e coleta de esgoto** - Serviço público essencial e de natureza contínua - Princípio da dignidade da pessoa humana - Art. 3º, inciso III, da CF - Arts. 6º e 22 do CDC - Ordem concedida para determinar o fornecimento de água – **Loteamento irregular que não justifica a recusa** - Carência da ação afastada – Remédio jurídico apto para atacar ato de autoridade no exercício de função delegada pelo Poder Público em defesa de direito líquido e certo presente no caso em comento - Sentença mantida – Apelação oficial desprovida.

(TJSP; Remessa Necessária Cível 1000717-05.2016.8.26.0270; Relator (a): Claudio Hamilton; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itapeva - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 22/02/2018; Data de Registro: 23/02/2018)

Cortes de água e energia elétrica, precedidos de aviso e por dívida atual, que geram ofensa aos direitos fundamentais à vida e à saúde do usuário inadimplente e das pessoas que com ele residem

Além das situações acima retratadas (cortes por inadimplência de entes públicos; por inadimplência de usuários carentes e ainda relativos a imóveis irregulares), trazemos nesse ponto uma de especial importância: a questão envolvendo os cortes de água e energia elétrica, ainda que mediante aviso prévio e por dívida atual, quando a ausência do fornecimento acarretar



ofensa aos direitos fundamentais à vida e à saúde do usuário inadimplente e das pessoas que com ele residem.

Embora os requisitos apontados pela legislação infraconstitucional e pela jurisprudência para autorizar os cortes de fornecimento de água e energia elétrica em virtude do inadimplemento do usuário sejam, como vimos, basicamente dois (existência de aviso prévio e se tratar de dívida atual), há inúmeros casos concretos nos quais, ainda que atendidos tais requisitos, a interrupção do fornecimento de água e energia elétrica acaba por gerar uma grave violação aos direitos fundamentais à vida e à saúde tanto do usuário responsável pelo pagamento das faturas correspondentes ao consumo, como dos indivíduos que com ele habitam o imóvel em questão.

Exemplos desses casos não faltam e são apresentados diariamente à Defensoria Pública, dentre os quais podemos citar, a título de ilustração, os seguintes: consumo elevado de energia elétrica decorrente de aparelho respiratório necessário para manter a pessoa viva; necessidade de um consumo mínimo diário de água para sobrevivência do indivíduo carente; pessoa portadora de doença grave que necessita de água e energia elétrica para suprir ou atenuar o mal que a acomete; usuário que faz uso diário de medicamento a ser obrigatoriamente mantido sob refrigeração, a demandar o consumo de energia elétrica para tanto, entre outros.

Nessas hipóteses, por vezes dramáticas, exige-se um olhar cuidadoso do intérprete e aplicador do direito que, ao se deparar com essas situações que comprovadamente colocam em risco a vida e a saúde das pessoas residentes no local, não deve autorizar os cortes de água e energia elétrica.

Trata-se de um necessário juízo de ponderação a ser feito diante do caso concreto, levando-se em conta os bens jurídicos envolvidos.

Como assevera a doutrina:

A solução está em verificar – no caso concreto – se o corte importa em ofensa à dignidade da pessoa humana, ou seja, se pessoas físicas serão diretamente afetadas com a suspensão do fornecimento de água ou da energia elétrica (...).

É importante perceber, para a solução das situações concretas, que o corte do fornecimento de água ou energia elétrica atinge diretamente interesses existenciais de todos os moradores da residência, invariavelmente crianças e idosos, consumidores hipervulneráveis, que não podem sofrer as consequências tão drásticas em razão de fato de terceiro (titular da conta) (...)

O fato é que o corte do fornecimento de energia elétrica e água traz, invariavelmente, riscos à saúde humana, tanto em relação à limpeza dos alimentos, higiene pessoal, como à manutenção de medicamentos sob refrigeração (...) (BENJAMIN, 2014, p. 248)

Em síntese, a solução constitucionalmente adequada para tais hipóteses impõe a realização de um juízo de ponderação destinado a harmonizar, de um lado, o direito de crédito da pessoa jurídica responsável pelo fornecimento de água e energia elétrica e, de outro, os direitos fundamentais à vida e à saúde do usuário inadimplente e das pessoas que com ele residem, evitando-se o sacrifício total de um deles em detrimento do outro.



Nesse sentido, reputa-se razoável a conclusão no sentido de que, nesses casos específicos e de forma excepcional, os cortes de água e energia elétrica são **indevidos** (preservando-se a vida e a saúde do usuário inadimplente e das pessoas que residem em sua companhia), assegurando-se, de outra banda, o direito de cobrança pela pessoa jurídica fornecedora por outros meios ordinários que não o corte.

Seguindo a esteira desse entendimento, colacionamos os seguintes julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo:

TUTELA DE URGÊNCIA – Requisitos – Pretensão em compelir a agravada a restabelecer o serviço de energia elétrica na residência da autora – **Serviço público essencial, cujo corte põe em riscos à integridade e dignidade da autora, grávida de gêmeos** - Presentes os requisitos necessários à concessão da tutela, notadamente a prova inequívoca da verossimilhança das alegações – **Tutela concedida para que a agravada restabeleça o serviço, sob pena de multa diária** – Recurso provido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2213058-28.2018.8.26.0000; Relator (a): Heraldo de Oliveira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Pirajuí - 1.VARA CIVEL; Data do Julgamento: 26/10/2018; Data de Registro: 26/10/2018)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Interrupção do fornecimento de água por falta de pagamento - **Titulares hipossuficientes (crianças) - Serviço público fundamental - Garantia de prioridade - Ponderação de direitos fundamentais - Necessidade de preservação da vida digna** - Recursos não providos. (Apelação 3002604-64.2013.8.26.0344, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Magalhães Coelho, j. 22/09/2014).

Energia elétrica. Interrupção do serviço. Decisão que determina o restabelecimento de energia elétrica à consumidora inadimplente. Manutenção. **O corte, ainda que decorrente de débito atual e precedido de aviso, somente pode ser permitido se a supressão do serviço não acarretar prejuízos irreparáveis à vida e à saúde do usuário. Consumidora que padece de câncer de mama, em estado disseminatório da doença, faz uso de medicação de alto custo e necessita de cuidados especiais que podem ser supridos ou mitigados pela utilização da energia elétrica. Proteção do bem maior da vida em detrimento do direito patrimonial da concessionária.** Decisão mantida. Recurso desprovido (0191550-70.2012.8.26.0000 Agravo de Instrumento / Fornecimento de Energia Elétrica -Relator(a): Júlio Vidal; Comarca: Guarulhos; Órgão julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/02/2013; Data de registro: 08/02/2013)

Prestação de serviços de energia elétrica – Ação de obrigação de fazer c.c. pedido de tutela antecipada – Revelia – **O corte, ainda que decorrente de débito atual e precedido de aviso, somente pode ser permitido se a supressão do serviço não acarretar prejuízos irreparáveis à vida e à saúde do usuário – Prova nos autos de que a autora padece de câncer e diabetes, fazendo uso diário de medicamento que deve ser mantido sob refrigeração.** Recurso não provido (0015213-67.2012.8.26.0344 Apelação / Fornecimento de Energia Elétrica - Relator(a): Silvia Rocha; Comarca: Marília; Órgão julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 24/08/2016; Data de registro: 25/08/2016)



Na mesma linha (embora tratando de dívida pretérita), temos o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INVIABILIDADE DE SUSPENSÃO DO ABASTECIMENTO NA HIPÓTESE DE DÉBITO DE ANTIGO PROPRIETÁRIO. PORTADORA DO VÍRUS HIV. NECESSIDADE DE REFRIGERAÇÃO DOS MEDICAMENTOS. DIREITO À SAÚDE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da impossibilidade de suspensão de serviços essenciais, tais como o fornecimento de energia elétrica e água, em função da cobrança de débitos de antigo proprietário.

2. A interrupção da prestação, ainda que decorrente de inadimplemento, só é legítima se não afetar o direito à saúde e à integridade física do usuário. Seria inversão da ordem constitucional conferir maior proteção ao direito de crédito da concessionária que aos direitos fundamentais à saúde e à integridade física do consumidor. Precedente do STJ.

3. Recurso Especial provido.

(REsp 1245812/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 01/09/2011)

Conclusão

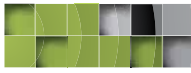
Dada a essencialidade dos serviços de fornecimento de água e energia elétrica, a questão envolvendo o seu corte exige, necessariamente, um cuidadoso e detido exame acerca da situação concreta posta em juízo, para que não acarrete grave ofensa aos direitos fundamentais à vida e à saúde do usuário inadimplente e demais pessoas que com ele vivem no local.

Como adverte a doutrina:

Parte da dificuldade em lidar com a matéria é justamente a falta de percepção de que os problemas jurídicos atuais, tanto pela variedade de situações fáticas – apenas aparentemente idênticas – como pela complexidade do ordenamento jurídico, exigem um olhar “para o caso concreto”, uma ponderação em relação aos valores constitucionais em jogo (BENJAMIN, 2014, p. 248)

Não obstante a apontada dificuldade, é possível notar, pelos acórdãos acima colacionados, que a jurisprudência pátria tem buscado enfrentar a questão com a prudência e ponderação que os casos concretos mais sensíveis efetivamente demandam, como já foi registrado por Ingo Wolfgang Sarlet:

“(…) vale destacar aqui a existência de uma série de decisões dos Tribunais nacionais assegurando a continuidade das prestações (notadamente água e energia elétrica) mesmo em caso de inadimplência, quando comprovada a real necessidade do serviço (prestação) assim como a efetiva carência de recursos, sempre demandando um exame à luz das circunstâncias do caso concreto, portanto, uma ponderação, o que, de resto, se aplica – de modo geral – às demais hipóteses nas quais cuida de decidir sobre a efetivação de direitos fundamentais (...)” (SARLET, 2008, p. 349)



Além da atenta análise das peculiaridades decorrentes das situações fáticas apresentadas, também se mostra imperiosa uma interpretação sistemática de nosso ordenamento jurídico pelos operadores e aplicadores do Direito, de modo a levar em consideração os valores constitucionais e direitos fundamentais envolvidos, evitando-se, a depender do caso, uma interrupção ou suspensão do fornecimento de água e/ou energia elétrica que claramente afronta, em última instância, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Trata-se, em suma, de avaliar o real e efetivo papel do Estado, que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal), em relação aos indivíduos e à coletividade como um todo.

Nesse diapasão, vale lembrar o denominado “Estado necessário” referido por Juarez de Freitas, que estaria situado em uma zona intermediária entre o Estado social de cunho intervencionista e o Estado minimalista, do qual se vale Ingo Wolfgang Sarlet para destacar a seguinte ideia, que bem sintetiza a essência do presente artigo e com a qual o encerramos:

(...) não restam dúvidas de que necessário será justamente o Estado apto a assegurar – de modo eficiente – nunca menos do que uma vida com dignidade para cada indivíduo e, portanto, uma vida saudável para todos os integrantes (isolada e coletivamente considerados) do corpo social (SARLET, 2008, p. 462)

Referências bibliográficas

BENJAMIN, Antonio Herman V. Manual de direito do consumidor. Antoni Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 6. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. Ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008.



O Caso da Comunidade Anchieta: a possibilidade de aplicação da Lei n. 13.465/17 na Represa Billings

The case of the Anchieta Community: the possibility of applying Law n. 13.465/17 at the Billings Dam

Paulo Fernando Esteves de Alvarenga II
Defensor Público do Estado de São Paulo

Resumo

O objetivo deste artigo é trazer ao debate a possibilidade de aplicação da Lei n. 13.465/17, que trata da regularização fundiária, em relação à Comunidade Anchieta que ocupa área de preservação permanente situada na Represa Billings.

Palavras-chave: Comunidade Anchieta. Lei 13.465/17. Represa Billings.

Abstract

The purpose of this article is to bring to the debate the possibility of applying Law n. 13.465/17, which deals with land regularization, in relation to the Anchieta Community that occupies a permanent preservation area located in the Billings Dam.

Keywords: *Anchieta Community. Law 13.465/17. Billings Dam.*



Introdução

Este artigo pretende abordar os aspectos jurídicos envolvidos nas tratativas para realizar acordo que possibilite que as famílias da Comunidade do Anchieta permaneçam morando na área de preservação permanente, particular, onde estão desde 2013.

A análise abordará especialmente a possibilidade de aplicação da regularização fundiária de interesse social, prevista na Lei n. 13.465/17, na área da Represa Billings, que é regulamentada pela Lei Estadual 13.579/09.

A Comunidade Anchieta é um assentamento informal composto por um grupo de 950 famílias e aproximadamente 5.800 pessoas que, em 2013, ocupou sem justo título terreno particular pertencente ao Instituto Anchieta. O terreno está situado em área de preservação permanente em manancial da Represa Billings, na qual, antes da ocupação havia resquícios de vegetação da Mata Atlântica em recuperação. Há cinco anos as famílias vivem sem água potável, saneamento, em moradias precárias.

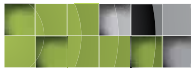
O proprietário do terreno, que é uma associação sem fins lucrativos, promove assistência social, educação e outros serviços de saúde, aos moradores da região, inclusive, às pessoas que passaram a residir na área ocupada, mesmo assim ingressou com ação de reintegração de posse e vem demonstrando interesse em celebrar acordo que importe na conciliação dos interesses sociais, ambientais e econômicos envolvidos, especialmente, a preservação do meio ambiente, o saneamento e a moradia das famílias que lá estão.

As tratativas até o presente momento contam com a participação direta de representantes dos moradores, da associação proprietária do terreno, da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e da Prefeitura do Município de São Paulo. O Ministério Público de São Paulo ainda não está participando das conversações, mas instaurou inquérito civil para apurar os possíveis danos ambientais e responsabilidades.

A CETESB, em 2015, emitiu parecer de viabilidade a título de orientação técnica para elaboração de projeto de loteamento e construção de habitação de interesse social vinculado à programa de recuperação, que, contudo, não tinha como beneficiários as famílias da Comunidade Anchieta, e sim famílias provenientes de outros reassentamentos de áreas de risco e outros programas de recuperação.

De acordo com o projeto de loteamento apresentado à CETESB, a área real do imóvel é de 205.891,66 metros quadrados, e está averbada na matrícula 72.597. Desse total 17.754,19 metros quadrados foram desapropriados pela Prefeitura do Município de São Paulo através do Decreto de Utilidade Pública n. 51.847/2010, e 188.137,47 m², seriam destinados ao parcelamento do solo, divididos da seguinte forma: 9 lotes (área de 92.140, 16 m²); sistema viário (11.904,75 m²); área institucional (5.294,85 m²); área verde (47.316,55 metros quadrados) e área remanescente do Instituto Anchieta Grajaú (31.481,16 metros quadrados).

Diante da possibilidade de que as famílias da Comunidade Anchieta permaneçam na área ocupada, passou-se a buscar o fundamento legal para esta solução proposta.



A tese ora sustentada é no sentido de que os direitos humanos e fundamentais são indivisíveis e interdependentes, sendo possível conciliar a preservação do meio ambiente e a moradia das famílias da Comunidade Anchieta, na área onde se encontram atualmente, mesmo tendo a ocupação ocorrido em 2013, especialmente, com base no instrumento da regularização fundiária de interesse social, previsto na Lei 13.465/17, a despeito de aparente restrição temporal prevista na Lei da Billings, Lei n. 13.579/09.

Premissas interpretativas

Diante da possibilidade de que as famílias da Comunidade Anchieta permaneçam na área ocupada, passou-se a buscar o fundamento legal para esta solução proposta.

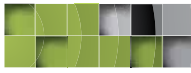
Os cenários das políticas públicas ambientais e de habitação são graves, complexos e de difícil solução. Permeados por um contexto de extrema desigualdade socioeconômica que no Brasil não é novidade (SAULE, 1999: 63), parcela considerável da população pobre da cidade de São Paulo foi encontrar lugar para morar em áreas ambientalmente sensíveis como às ocupadas pela Comunidade Anchieta, em área de preservação permanente da Represa Billings, importante reservatório de água que abastece parte da cidade de São Paulo e municípios da Região Metropolitana.

Tanto o Estado de São Paulo, quanto os municípios que margeiam a Represa Billings ainda não implementaram medidas eficientes ao ponto de solucionar o problema das ocupações das áreas do manancial, o que pode afetar a capacidade do ecossistema de produzir água necessária para subsistência de todos, comprometendo também a qualidade da água que abastece a população ante a falta de saneamento que é regra nos assentamentos informais, contudo, os mais afetados são as pessoas que, sem alternativa de moradia, passam a residir e viver com suas famílias em situação de precariedade dupla, social e ambiental, que caracteriza verdadeira injustiça ambiental (BULLARD, 1990).

Do ponto de vista do sistema de proteção dos direitos humanos (SAULE, 1999:73) e fundamentais e suas respectivas dimensões, considerando a concordância prática e a máxima efetividade dos direitos envolvidos, com base na ponderação, impõe-se solução que concilie o meio ambiente, em seus diversos componentes, com a moradia, sem que a garantia de um direito importe na aniquilação do outro, cada um cedendo a ponto que o outro possa subsistir (SARMENTO e SOUZA NETO, 2016).

Explicam Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2017:121):

A adoção do marco jurídico-constitucional socioambiental resulta, como se verá ao longo do presente estudo, da convergência necessária da tutela dos direitos sociais e dos direitos ambientais num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano em padrões sustentáveis, inclusive pela perspectiva da noção ampliada e integrada dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA). O enfrentamento dos problemas ambientais e a opção por um desenvolvimento sustentável passam necessariamente pela correção do quadro alarmante de desigualdade social e da falta de acesso, por parte expressiva da população brasileira e mundial, aos seus direitos sociais



básicos, o que é importante destacar, também é causa de aumento – em determinado sentido – da degradação ambiental.

Deve haver, portanto, convergência da tutela ambiental, no caso, mais propriamente a preservação do manancial que abastece com água a população, com a tutela do direito à moradia das pessoas necessitadas que formaram o assentamento informal Comunidade Anchieta.

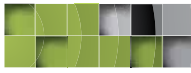
Essa conclusão tem fundamento também na execução da Política Urbana (CF/88, art. 182 e 183), já que essa tem por objetivos, conforme o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01), ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, segundo as diretrizes, dentre outras, da garantia do direito à cidades sustentáveis; da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; da proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, e, em especial, da regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

Óbices e possibilidades

Estabelecidas essas premissas, apresentou-se como óbice legal à manutenção dos moradores da Comunidade Anchieta no local em que se encontram o limite temporal do ano de 2006 previsto na Lei Estadual da Billings (Lei n. 13.579/09), que define a Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Reservatório Billings - APRM-B.

A Lei da Billings tem dentre seus objetivos “estabelecer as condições e os instrumentos básicos para assegurar e ampliar a produção de água em quantidade e qualidade para abastecimento da população, com o objetivo de promover a preservação, recuperação e conservação dos mananciais da Bacia Hidrográfica do Reservatório Billings (art. 3, IV)”, assim como “propiciar a recuperação e melhoria das condições de moradia nos alojamentos de habitações ocupadas pela população, implementando-se a infraestrutura de saneamento ambiental adequada e as medidas compensatórias para a regularização urbanística, ambiental, administrativa e fundiária destas áreas, assegurando-se o acesso aos equipamentos urbanos e comunitários e aos serviços públicos essenciais (art. 3, XI)”; dentre outros.

O legislador estadual definiu quatro áreas de intervenção (Lei nº 13.579/09, art. 4º, II, a, b, c e d), sendo que a Comunidade Anchieta está localizada em “Área de Ocupação Dirigida - AOD: área de interesse para o desenvolvimento de usos urbanos e rurais, desde que atendidos requisitos que garantam condições ambientais compatíveis com a produção de água em quantidade e qualidade para abastecimento público”, sendo que uma pequena parte do terreno está em “Área de Restrição à Ocupação - ARO: área de interesse para a proteção dos mananciais e para a preservação, conservação e recuperação dos recursos naturais, definida pela legislação como área de preservação permanente e como unidade de conservação de uso integral, e em outros dispositivos da legislação estadual e municipal”, devido a existência de nascente, que é classificada como área de preservação permanente – APP, por possuir nascente (art. 4, IV, da Lei 12.651/12).



A área de preservação permanente, nos termos da Lei n. 12.651/12, é aquela “área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (art. 3, II)”. Sua importância é fundamental, ressalta Paulo Affonso Leme Machado (2013:157) que:

a APP não é uma área qualquer, mas uma “área protegida”. A junção destes dois termos tem alicerce na Constituição da República, que dá incumbência ao poder de definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a ser especialmente protegidos, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (art. 225, 1, III, CF/88)

A Lei da Billings admite a intervenção em APP em nove casos previstos no artigo 19 da Lei n. 13.579/09 e dentre esses casos permite no inciso III, “intervenção de interesse social em ocupações pré-existentes em áreas urbanas, para fins de recuperação ambiental e melhoria das condições de habitabilidade, saúde pública e qualidade das águas, desde que incluídas em PRIS e acompanhadas de mecanismos de controle de expansão, adensamento e manutenção das intervenções”.

Verifica-se que a lei estadual restringiu a intervenção de interesse social em APP a ocupações pré-existentes e exigiu também a inclusão em PRIS, que é um Programa de Recuperação de Interesse Social (Lei 13.579/09, art. 7, IX) estabelecido pela Lei da Billings para aquelas áreas definidas como Áreas de Recuperação Ambiental – ARA, para quais as ocorrências de usos e ocupações estejam comprometendo a quantidade e a qualidade da água, exigindo intervenções urgentes de caráter corretivo (art. 31 da Lei n.13.579/09).

A ARA pode ser de dois tipos, no caso importa a ARA 1 que “são ocorrências de assentamentos habitacionais de interesse social pré-existentes, desprovidas total ou parcialmente de infraestrutura de saneamento ambiental, onde o Poder Público deverá promover programas de recuperação urbana e ambiental”. A Lei da Billings é categórica ao prever que “as ARA 1 serão objeto de PRIS” (art. 33 da Lei n. 13.579/09).

A Lei da Billings prevê expressamente que para serem passíveis de regularização os assentamentos informais teriam que classificados como ARA 1 e estarem implantados até 2006, além de serem objeto de PRIS.

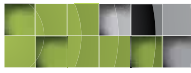
Este é o teor do art. 27 da Lei n. 13.579/09:

Artigo 77 - São passíveis de regularização os assentamentos habitacionais de interesse social enquadrados como ARA 1 e implantados até 2006, conforme verificação na última imagem de satélite de alta resolução do referido ano.

Parágrafo único - Os assentamentos habitacionais de que trata o “caput” deste artigo serão objeto de PRIS.

Esta poderia ser a conclusão se adotada uma interpretação isolada e dissociada da realidade, o que por certo não é a melhor forma de se garantir nenhuma das dimensões dos direitos humanos e fundamentais em questão.

E mais, poderia levar à equivocada conclusão de que o Poder Público Estadual e Municipal estaria desincumbido de promover a regularização fundiária de assentamentos



informais que, diante da ineficiência das políticas públicas de habitação, formaram-se no entorno da Represa Billings após 2006, indo de encontro às próprias diretrizes da execução da Política Urbana estabelecidas no Estatuto da Cidade.

Outra é a conclusão se adotada a interpretação sistemática e teleológica das regras jurídicas, em especial, as que tratam da regularização fundiária, que é um dos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade para trazer melhorias sociais e ambientais à área ocupada em desconformidade com a lei, inclusive, as áreas de preservação permanente, como é o caso de parte do terreno da Comunidade Anchieta.

A Lei n. 13.465/17 editou as normas gerais sobre a regularização fundiária urbana:

Art. 9º Ficam instituídas no território nacional normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (Reurb), a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

§ 1º Os poderes públicos formularão e desenvolverão no espaço urbano as políticas de suas competências de acordo com os princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental e ordenação territorial, buscando a ocupação do solo de maneira eficiente, combinando seu uso de forma funcional.

A norma geral que estabeleceu como objetivos (art. 10, I e III) “identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior” e “a ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados”, dentre outros, não estabeleceu limite temporal à sua utilização, o que possibilita sua aplicação inclusive na área da Represa Billings, considerando que a norma geral deve ser uniformemente aplicada pelos entes federativos para as situações homogêneas (DA SILVA, 2008: 69).

Nesse sentido, cabe salientar ainda que a referida lei também alterou a Lei 12.651/12, de modo a possibilitar a Regularização Fundiária de Interesse Social em área de preservação permanente:

Art. 64. Na Reurb-S dos núcleos urbanos informais que ocupam Áreas de Preservação Permanente, a regularização fundiária será admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da lei específica de regularização fundiária urbana. (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 1º O projeto de regularização fundiária de interesse social deverá incluir estudo técnico que demonstre a melhoria das condições ambientais em relação à situação anterior com a adoção das medidas nele preconizadas.

§ 2º O estudo técnico mencionado no § 1º deverá conter, no mínimo, os seguintes elementos:

I - caracterização da situação ambiental da área a ser regularizada;

II - especificação dos sistemas de saneamento básico;

III - proposição de intervenções para a prevenção e o controle de riscos geotécnicos e de inundações;



IV - recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização;

V - comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental, considerados o uso adequado dos recursos hídricos, a não ocupação das áreas de risco e a proteção das unidades de conservação, quando for o caso;

VI - comprovação da melhoria da habitabilidade dos moradores propiciada pela regularização proposta; e

VII - garantia de acesso público às praias e aos corpos d'água.

Vê-se, dessa forma, que ambas as normas gerais, a que trata sobre a regularização fundiária, bem como o Novo Código Florestal aprimoraram e ampliaram a possibilidade de utilização deste procedimento de intervenção pública para que ao mesmo tempo sejam alcançadas melhorias sociais e ambientais, deixando de lado mais um fator de exclusão e de desoneração que é o limite temporal.

Vale dizer, a data do início da formação do assentamento informal não é condicionante da regularização fundiária que deve ser promovida quando trouxer, nos termos do artigo do Novo Código Florestal acima transcrito, recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização; comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade ambiental e urbana, considerados o uso adequado dos recursos hídricos, e comprovação da melhoria da habitabilidade dos moradores propiciada pela regularização proposta.

No caso, como no Brasil, “a miséria e a pobreza (como projeção da falta de acesso aos direitos sociais básicos, como saúde, saneamento básico, educação, moradia, alimentação, renda mínima etc.) caminham juntas com a degradação e a poluição ambiental, expondo a vida das populações de baixa renda e violando, por duas vias distintas a sua dignidade” (SARLER E FENSTERSEIFER: 2017,125), torna-se indispensável, portanto, a tutela compartilhada dos direitos sociais e ambientais, possibilitada pela regularização fundiária.

Conclusão

A previsão legal, por si só, não é suficiente para reverter situações complexas de desigualdade ou para proteger o meio ambiente, muitas vezes essas regras jurídicas, ao contrário do escopo do Direito, agravam situações de injustiça duplamente.

No aparente conflito de normas, deve ser aplicada a norma geral que possibilita a aplicação do instrumento urbanístico da regularização fundiária, ainda que exista, na legislação estadual, limitação temporal, cuja eficácia deve ser considerada suspensa (CF/88, art. 24, § 4º) ante a superveniência da Lei n. 13.467/2017 e Lei n. 12.651/12.

Conclui-se que é legalmente possível a utilização do instrumento da regularização fundiária à Comunidade Anchieta, mesmo tendo o início da ocupação ocorrido em 2013 em área de preservação permanente da Represa Billings, observados o plano urbanístico e as condicionantes ambientais que sejam exigidas para a trazer melhorias de preservação e proteção do manancial e condições dignas de habitação e saneamento.



Referências bibliográficas

BULLARD, Robert. *Dumping in Dixie: race, class, and environmental quality*. 3. Ed. Oxford: 2000.

MILARÉ, Edis e LEME MACHADO (Coordenadores). *Novo Código Florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012*. 2. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NALINI, José Renato e LEVY Wilson (Coordenadores). *Regularização Fundiária*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

São Paulo (Estado). Secretaria do Meio Ambiente / Coordenadoria de Educação Ambiental. *Billings*. – São Paulo: SMA/CEA, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. “Direito Constitucional Ambiental”. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SAULE JUNIOR, Nelson (Coordenador). *Direito à cidade. Trilhas Legais para o Direito às Cidades Sustentáveis*. Max Limonad, 1999.

SILVA, José Afonso da. “Direito Urbanístico Brasileiro”. 5 ed. Editora Malheiros, São Paulo, 2008.

OSORIO, Leticia (organizadora). *Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor: 2002.



Notas sobre a responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet

Notes on civil liability of Internet service providers

Stéfanie Kornreich

Mestranda em Direito Civil pela USP, Defensora Pública do Estado de São Paulo

skornreich@defensoria.sp.def.br

Resumo

O presente artigo se inicia narrando os diversos impactos sociais da internet, demandando que o Direito venha a regular eventuais prejuízos que possam ser causados pelos seus usuários. Para a melhor compreensão do tema, passa-se a uma breve explicação dos tipos de provedores de internet, seguida da evolução de sua responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro até o advento do Marco Civil da Internet. Em seguida, são analisados alguns aspectos controvertidos dessa lei, com enfoque na exigência de notificação judicial prévia e específica como pressuposto para a responsabilização dos provedores. Discute-se a possível inconstitucionalidade de tal requisito, que assegura a liberdade de expressão em detrimento de outros direitos fundamentais também tutelados constitucionalmente. Por fim, tecem-se breves considerações sobre o armazenamento de dados e o direito ao esquecimento.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Provedores de serviços de internet. Marco Civil da Internet.

Abstract

This article begins by describing the many social impacts of the Internet, which requires Law to regulate damage that might be caused by its users. In order to better understand the matter, there is a brief explanation of the types of internet providers, followed by a report of Brazilian Law evolution concerning civil liability of internet services providers until the approval of the Civil Rights Framework for Internet. Next, some controversial aspects of this law are analyzed, focusing on the requirement of prior and specific judicial notification as a prerequisite for the accountability of providers. It is discussed the possible unconstitutionality of such a requirement that favors freedom of speech and disregards other fundamental rights also constitutionally protected. Finally, brief considerations are made concerning the storage of data and the Right to be Forgotten.

Keywords: *Civil liability. Internet service providers. Civil Rights Framework for Internet.*



1. Introdução

1.1. A evolução da internet e os impactos na vida social

O complexo fenômeno denominado internet é definido pela enciclopédia *online* Wikipédia "como um sistema global de redes de computadores interligadas que utilizam um conjunto próprio de protocolos (*Internet Protocol Suite* ou TCP/IP) com o propósito de servir progressivamente usuários no mundo inteiro"¹. Do ponto de vista jurídico, o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14) conceitua a internet de forma similar, como "o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes".

Precisar o que é a internet ou mesmo o momento exato de seu surgimento é uma tarefa árdua, já que, desde a criação do primeiro computador pessoal, pela IBM, em 1979², o progresso eletrônico ocorreu de forma acelerada e, em curto período de tempo, promoveu impactos tão significativos em todas as áreas da vida que a abstinência do mundo virtual não é uma alternativa no mundo de hoje.

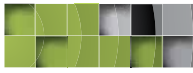
No âmbito empresarial, por exemplo, a grande maioria das empresas possui domínios *online*, sendo certo que algumas, inclusive, existem apenas na realidade virtual. As "empresas ponto com" cada vez mais exercem influência sobre o mercado de consumo, com vendas exponenciais, sendo também a internet o meio mais promissor para que a publicidade alcance o potencial consumidor de determinado produto.

É possível dizer até que o próprio sistema capitalista se tornou diferente com o surgimento dos negócios virtuais, que catalisaram as relações entre todos os integrantes da cadeia produtiva: produtores, fornecedores, distribuidores etc. Nesse contexto, destacam-se as agências bancárias que existem apenas virtualmente, sendo possível realizar operações também pela internet. Surgiu, inclusive, uma nova forma de alienação judicial de bens, o leilão eletrônico.

Não se deve olvidar, tampouco, as importantes mudanças que ocorreram na vida social. O universo *online* é útil tanto para conhecer e se comunicar com novos contatos como para retomar e manter contatos ou amizades já iniciadas. Há mesmo quem inicie relacionamentos amorosos através da internet que podem ser materializados (ou não) no mundo real.

A internet proporcionou, igualmente, um desenvolvimento maior da atividade profissional. Afinal, além de permitir o acesso a ampla quantidade de informação, viabiliza reuniões à distância e até o trabalho fora do horário do expediente ou independentemente de um espaço físico determinado, através do sistema de *home office*. Páginas e perfis virtuais também são recursos férteis para divulgar currículos e anunciar experiência em determinada área, sendo estes dados colocados à disposição de empresas e *headhunters*.

A evolução dos estudos e o acesso ao conhecimento merecem igual destaque. Nunca houve tanto acúmulo, discussão e compartilhamento de informações como atualmente. Exemplificativamente, tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal, além de disponibilizarem seus próprios sítios virtuais, estão no *Youtube* e no *Twitter*.



A importância da internet é tamanha que, muitas vezes, é como se os telefones celulares se tornassem uma extensão do indivíduo, inseparáveis de seu ser. Tanto assim o é que a simples sensação de perda ou de esquecimento desses preciosos *gadgets* costuma ser fator de angústia para os mais conectados.

Nos dias de hoje, a mútua alimentação das realidades física e virtual, cada vez mais inseparáveis, pode ser observada de forma acentuada nas redes sociais, que permitem o compartilhamento de fotografias, imagens e opiniões. A exposição do usuário no *Facebook* ou *Instagram*, por exemplo, pode influenciar tanto as suas relações pessoais como de trabalho, sendo corriqueiras as narrativas de quem conseguiu ou perdeu uma vaga de emprego em razão de uma publicação nesses veículos.

Definitivamente, portanto, a veloz penetração da internet na sociedade provocou impactos nos diversos campos da vida: os relacionamentos, interesses e desejos de consumo, dentre outros, nunca mais foram os mesmos.

1.2. A era da informação

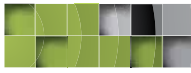
A internet dominou o mundo de forma mais rápida que qualquer outra tecnologia, resultando no advento de uma nova era para a humanidade, a "Era da Informação". Pela primeira vez na história, somos capazes de organizar, armazenar e dominar a informação como nunca, por meio da utilização de computadores, internet e outras tecnologias relacionadas.

Os aparelhos eletrônicos e os computadores, sem dúvida, já são parte indissociável do nosso cotidiano. Trazem, contudo, uma nova realidade e dilemas a serem enfrentados, como já preconizava o sociólogo ZYGMUNT BAUMAN, com a sensatez que lhe é peculiar:

Felizmente, dispomos hoje de algo que nossos pais nunca puderam imaginar: a internet e a web mundial, as 'autoestradas da informação' que nos conectam de imediato, 'em tempo real', a todo e qualquer canto remoto do planeta, e tudo isso dentro de pequenos celulares ou iPods que carregamos conosco no bolso, dia e noite, para onde quer que nos desloquemos.

Felizmente? Bem, talvez nem tanto, pois o pesadelo da informação insuficiente que fez nossos pais sofrerem foi substituído pelo pesadelo ainda mais terrível da enxurrada de informações que ameaça nos afogar.³

Com efeito, se, por um lado, a Internet nos tem propiciado inúmeros avanços e vantagens, por outro, a rapidez desse salto qualitativo e quantitativo de tecnologia tem suscitado o aparecimento de conflitos entre as novas tecnologias e a sociedade. Além do excesso de informação e da necessidade de estarmos sempre conectados, preocupações bem analisadas por BAUMAN, a internet pode também servir de palco para a caracterização de eventos danosos, o que deve ser regulamentado e dirimido.



1.3. A resposta do direito

Vimos que a internet tem exercido um papel fundamental no desenvolvimento das sociedades e, principalmente, nas relações interpessoais. A doutrina e a jurisprudência passaram, então, a buscar caminhos para assegurar a indenidade das pessoas frente a essa nova perspectiva de interação entre os indivíduos.

Nesse sentido, CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY alerta para a imensa potencialidade danosa decorrente das informações e conteúdos que transitam pela rede, não só aos usuários mas, também, a terceiros⁴. O Direito, como importante ferramenta de pacificação social, deve fornecer mecanismos para solucionar eventuais conflitos advindos da utilização da rede.

Em sintonia com essa realidade, TERESA ANCONA LOPEZ nos ensina:

[A] preocupação maior daqueles que têm a incumbência de dirigir as políticas públicas é com o risco, a incerteza que acompanha o progresso material da humanidade. Quanto mais inovações, mais riscos. Todos queremos as facilidades das novas criações, das novas descobertas, mas não queremos ter de absorver a incerteza de danos que pesa sobre essas utilidades e facilidades.⁵

O grande desafio do Direito é, portanto, estar a par dessa nova dinâmica e regulamentá-la, compreendendo e acompanhando as inovações. Nessa seara, mostra-se a necessidade de conciliar a neutralidade da rede e sua intrínseca qualidade de viabilizar a livre difusão de ideias e opiniões com o resguardo aos direitos da personalidade, em especial o direito à imagem, à privacidade, à intimidade e à honra.

2. Alguns conceitos essenciais: os provedores e suas espécies

O provedor de serviços de internet é a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços atinentes ao funcionamento da internet, ou por meio dela. Cuida-se de gênero normalmente subdividido em cinco categorias: (i) provedor de *backbone*, (ii) provedor de acesso, (iii) provedor de correio eletrônico, (iv) provedor de hospedagem e (v) provedor de conteúdo⁶. A distinção entre as espécies de provedores tem importância na medida em que a sua responsabilidade civil poderá variar segundo o tipo de provedor.

2.1. Provedores de *backbone*

O termo *backbone*, palavra da língua inglesa que significa espinha dorsal, é empregado para designar a espécie de provedor que fornece a estrutura de acesso à internet. É formado por estruturas de rede que manipulam enorme quantidade de informações com o uso de roteadores de tráfego interconectados por circuitos de alta velocidade.



O provedor *backbone* não possui contato direto com o usuário final da internet, ele vende a conectividade aos demais provedores. Como exemplos locais, podemos citar as empresas Brasil Telecom, Embratel e a Rede Nacional de Ensino e Pesquisa (RNP).

2.2. *Provedores de acesso*

Provedor de acesso é o nome dado àquele que estabelece a ligação entre o provedor *backbone* e o usuário final, viabilizando, portanto, a conexão deste com a internet. O provedor de acesso é, por isso, chamado de "provedor de conexão" pelo Marco Civil da Internet, por ser ele o que fornece a conexão à rede mundial de computadores aos internautas. São as empresas detentoras de concessão, permissão ou autorização outorgada pela Anatel para viabilizar o acesso de seus usuários à internet.

O serviço, em regra, é oneroso e varia de acordo com a velocidade, a qualidade de conexão, dentre outros fatores. Também pode ser considerado gratuito – ou remunerado de forma indireta, quando há a constante exibição de publicidade para o usuário final.

Esta categoria pode ou não prestar serviços adicionais tais como correio eletrônico, acesso a "portais" etc. Exemplificativamente, são provedores de conexão, além do Net Virtua e GVT, operadoras de telefonia de celular tais como Claro e Vivo.

2.3. *Provedores de correio eletrônico*

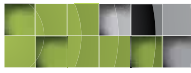
Como o próprio nome diz, o provedor de correio eletrônico é o responsável pelo fornecimento ao usuário do serviço de envio e recebimento de correspondências eletrônicas, além do armazenamento de dados relativos a essas correspondências.

O controle de acesso a tal serviço é realizado através de senhas. É dever do provedor de correio eletrônico zelar pela preservação das mensagens e assegurar o sigilo destas sem exercer o controle sobre o seu conteúdo.

Também pode se tratar de um serviço oneroso ou gratuito. A título ilustrativo, são provedores de correio eletrônico o *Hotmail (Outlook)*, *Gmail*, *Yahoo*, além de portais de conteúdo como *Uol* e *Terra*.

2.4. *Provedores de hospedagem*

Os provedores de hospedagem oferecem serviços de armazenamento de dados e controle de acesso a esses dados por terceiros. São provedores que permitem o armazenamento de documentos, informações, imagens, sons etc. em servidores próprios de acesso à distância, permitindo ou não o acesso de terceiros a esses dados.



Cuida-se de um serviço essencial para a internet, pois viabiliza o armazenamento do conteúdo de *sites* diversos. Assim como as categorias anteriormente mencionadas, podem ser onerosos ou gratuitos (remuneração indireta). É exemplo desse tipo de provedor a *Locaweb*.

2.5. Provedores de conteúdo

Muitas vezes, a expressão "provedor de conteúdo" é utilizada como sinônimo de "provedor de informação". No entanto, enquanto o provedor de informação é o autor da criação do material a ser divulgado, o provedor de conteúdo é o veículo que disponibiliza essas informações. Os provedores de conteúdo, denominados de "provedores de aplicação" pelo Marco Civil, disponibilizam informações obtidas na internet por meios próprios ou de terceiros, utilizando o provedor de hospedagem para armazenar essas informações.

Diversamente do provedor de hospedagem, o provedor de conteúdo traz plataforma que usa o seu próprio nome. São exemplos de provedores de conteúdo os Portais UOL e Terra, *Facebook*, *Youtube* e também *sites* que realizam intermediação no comércio eletrônico, como o Mercado Livre, ao passo que os jornais eletrônicos podem ser tidos como provedores de informação e de conteúdo.

3. Da responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro

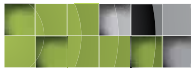
A internet causou significativos impactos nos mais diversos campos da vida, sendo talvez a esfera da privacidade a mais afetada.

Na internet, mar no qual navegam olhos curiosos, qualquer um está sujeito à exposição, às vezes por vontade própria, outras por intermédio de um terceiro que divulga determinado conteúdo indesejado, seja ele verdadeiro ou não. A privacidade, no entanto, vem sendo cada vez mais flexibilizada no ambiente digital em prol de um viés de defesa da liberdade de expressão. A questão que se coloca é: deve esta prevalecer sobre os demais direitos fundamentais, também tutelados pela Constituição Federal?

3.1. A liberdade de expressão e a proteção aos direitos da personalidade

A neutralidade da rede e a livre manifestação do pensamento, esta constitucionalmente tutelada⁷, são os principais conceitos utilizados pela doutrina e jurisprudência para relativizar interesses atinentes à esfera individual de cada um, tais como a privacidade, o direito à intimidade e à vida privada, dignos de igual e expressa proteção constitucional⁸.

FÁBIO ULHOA COELHO entende que existiria uma tendência de redução progressiva dos círculos de privacidade das pessoas em nome da preservação da segurança da sociedade e



efetivação da punibilidade. O autor prossegue relatando que o direito à privacidade encontra limites em direitos difusos, coletivos ou públicos. Jamais poderia ser oponível, por exemplo, a uma ordem judicial.⁹

De outra parte, deve ser reconhecido que, embora de acentuada magnitude, a liberdade de expressão, assim como os demais direitos, não possui caráter ilimitado, devendo ser ponderada quando diante de outros direitos fundamentais. Tanto assim o é que o art. 21. do Código Civil disciplina que “[a] vida privada da pessoa natural é inviolável”, e que o “juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Com efeito, os danos aos direitos da personalidade podem ser irreversíveis para a vítima, devendo ser tratados com especial zelo. FÁBIO ULHOA COELHO conceitua a vida privada como "o conjunto de informações não públicas sobre determinada pessoa, as quais esta deseja não ver divulgadas a ninguém"¹⁰. Para o autor, cumpre apenas ao titular do direito decidir sobre se certa informação pessoal integra ou não a sua vida privada, sendo a solução sempre subjetiva.

Sobre essa dicotomia entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, oportuna a lição de CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY:

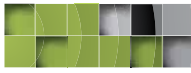
Impõe-se, portanto, neste contexto, um sistema eficiente de tutela que, se de um lado preserve a liberdade da expressão e da opinião, simultaneamente assegure a indenidade das pessoas, hoje tão costumeiramente expostas a manifestações de muito maior alcance, não raro animadas pela sensação de uma espécie de anonimato, quando não real, assim de uma certa impunidade pelo que se fala ou pelo conteúdo que se produz e difunde por intermédio dos provedores¹¹.

Se houver uma violação aos direitos relativos à esfera de intimidade de um terceiro na internet, o provedor de serviços de internet deve responder por ela ou tal responsabilidade caberia ao usuário causador do dano? A atividade dos provedores de internet pode ser considerada uma atividade de risco? Haveria ofensas aferíveis no plano objetivo ou a percepção do que é ofensa seria subjetiva na sua essência? Se o provedor puder identificar o usuário responsável pelo conteúdo, ainda assim poderia ser responsabilizado? Esses são alguns dos questionamentos que orbitam o tema da responsabilidade civil na internet e que serão abordados a seguir.

3.2. Responsabilidade objetiva x responsabilidade subjetiva?

A doutrina e a jurisprudência sedimentaram entendimento de que os provedores de *backbone* (responsáveis por disponibilizar estrutura tecnológica para a internet), de acesso e de correio eletrônico não respondem pelo conteúdo gerado por terceiro. Esse posicionamento, muitas das vezes, decorre da comparação desses serviços com o serviço de Correios, ao qual não é possível imputar responsabilidade pelo conteúdo das cartas enviadas.

A possibilidade de responsabilização de provedores por conteúdo gerado por terceiro tem girado, assim, sobre os provedores de hospedagem, de conteúdo e de informação, também



chamados de provedores de aplicações pelo Marco Civil da Internet, a partir do delineamento de situações e atitudes passíveis de reprimenda.

Nos primórdios da atuação da jurisprudência pátria nos conflitos cibernéticos, havia entendimento de que a atividade desenvolvida pelos provedores de serviços de internet cuidaria de atividade de risco, devendo ser aplicado o previsto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil¹². De acordo com tal dispositivo legal, aquele que pratica atividade que normalmente gera riscos para terceiros responderá objetivamente, isto é, independentemente da existência de dolo ou culpa, pelos danos decorrentes dessa atividade.

A responsabilidade objetiva também era atribuída com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, sob o argumento de que o provedor de serviços poderia ser enquadrado no conceito de fornecedor na medida em que auferia lucro decorrente do serviço prestado, ainda que indiretamente, através da publicidade veiculada. Os danos decorrentes de sua atividade constituiriam, assim, defeitos na prestação de serviços (art. 14 do Código de Defesa do Consumidor), independentemente da identificação do usuário diretamente responsável pelo conteúdo ofensivo ou da prévia notificação do provedor pelo terceiro prejudicado.¹³

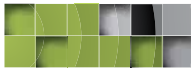
O Superior Tribunal de Justiça adotou o mesmo entendimento no julgamento do Recurso Especial 1.117.633/RO. Neste caso, o Ministério Público Federal havia proposto Ação Civil Pública em face do *Orkut*, domínio vinculado ao *Google*, para responsabilizar o provedor por conteúdo postado em comunidades que ofendia direitos de menores, inclusive com a prática de crimes sexuais. A decisão adotou a teoria do risco da atividade, apesar de não a mencionar expressamente¹⁴.

Posteriormente, no entanto, se entendeu que a adoção da responsabilidade objetiva nesses casos engessaria o desenvolvimento dessa tecnologia que se incorporou tão fortemente em nosso cotidiano e acabaria por cercear a própria liberdade de expressão.

Consoante expressa o voto da Relatora Nancy Andrichi no REsp 1.193.764/SP, julgado em 14 de dezembro de 2010, a "atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano (que) implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem" corresponde a conceito indeterminado no qual deve o risco ser excepcional, próprio das atividades com elevado potencial ofensivo.

Com esse entendimento, passou-se a presumir que, se os provedores de serviços de internet passassem a ser responsabilizados por qualquer conteúdo inserido por um usuário, passaria a haver um controle prévio de toda informação que se pretendesse incluir *online*, o que acabaria por restringir indevidamente uma das maiores qualidades da internet, que consiste justamente em sua agilidade. Além disso, sustentou-se que seria impossível tal controle prévio, tendo em vista o volume absurdo de informação inserido pelos usuários.

A jurisprudência adotou o posicionamento, então, de que deveria haver responsabilidade dos provedores se, uma vez conhecedores do conteúdo causador de violação de direitos fundamentais, deixassem de retirá-lo. Haveria, assim, o dever de indenizar o terceiro prejudicado apenas em caso de omissão do provedor, o que acarretaria uma responsabilização subjetiva deste.



3.2.1. Teoria importada pela jurisprudência: *notice and takedown*

A evolução da jurisprudência levou à adoção da responsabilidade subjetiva dos provedores de internet. Deu-se, aqui, a importação para o Direito Brasileiro da teoria do *notice and takedown*. A responsabilidade do provedor passou, desse modo, a ser restrita às hipóteses em que o provedor, uma vez comunicado do conteúdo ilícito, deixasse de retirá-lo. Nessa toada, a responsabilização do provedor ocorreria apenas posteriormente ao início da produção do dano, mas de modo a se evitar que se espraiasse.

Tal teoria adveio dos Estados Unidos, mais especificamente do *Digital Millennium Copyright Act*, no âmbito do direito autoral, em que se buscou assegurar uma espécie de isenção de responsabilidade aos provedores que retirassem de imediato, isto é, logo após a notificação, eventual conteúdo violador de direitos autorais da internet.¹⁵

O caso Rubens Barrichello x *Google*¹⁶, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, permite elucidar a jurisprudência que se consolidou nos tribunais com base no sistema de responsabilização condicionada à demonstração de que houve inércia posteriormente à notificação extrajudicial. No caso em questão, o automobilista propôs ação judicial em face do *Google* buscando responsabilizá-lo por perfis falsos e comunidades contendo conteúdo difamador no domínio *orkut.com*.

O piloto pretendia fosse suprimido qualquer conteúdo lesivo a sua imagem, além de vultosa indenização por danos morais por todos os malefícios sofridos. Em primeira instância, o magistrado condenou a empresa *Google* a ressarcir Rubens Barrichello no montante de R\$ 850.000,00 (oitocentos e cinquenta mil reais) a título de danos morais e fixou uma multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada novo perfil falso que surgisse no domínio em seu nome. Em segunda instância, o valor da indenização foi reduzido para o montante de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e restou afastada a multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada perfil falso criado.

No caso em comento, a *Google* recebeu notificação extrajudicial em 16 de junho de 2006, havendo respondido em 12 de julho com a justificativa de que não poderia retirar conteúdo gerido pela *Google* norte-americana. Na fase de apelação, a empresa comprovou ter removido o conteúdo em 29 de julho de 2006, isto é, pouco após um mês desde a sua comunicação.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consolidou-se, igualmente, jurisprudência no sentido de que os provedores responderiam se, devidamente cientificados, não retirassem do ar o conteúdo¹⁷. No julgamento do REsp 1192208/MG, por exemplo, a Relatora Ministra Nancy Andrighi entendeu haver responsabilidade subjetiva por culpa *in omittendo* na conduta do provedor que, mesmo comunicado extrajudicialmente pelo terceiro lesado, deixasse de prontamente remover o conteúdo causador do dano. Importante observar que o precedente reconhece a existência de relação de consumo na hipótese, mas deixa de aplicar a responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor pelo fato do serviço.



De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, portanto, bastava que o provedor retirasse o conteúdo do site imediatamente após a notificação extrajudicial e fornecesse a identificação do usuário causador do dano para que não fosse responsabilizado, ressalvada a hipótese em que o provedor possuísse controle editorial prévio do conteúdo divulgado, caso em que responderia independentemente de notificação.

Com esse sistema, o proprietário do *site* estaria de certa forma imune até o momento da notificação, deixando uma parte do dano sofrido pela vítima sem reparação. Há quem entenda, no entanto, que essa solução afrontaria o princípio da reparação integral.

3.3. O marco civil da internet (lei 12.965/14)

O Marco Civil da Internet é o nome dado à lei que prevê um conjunto de princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. A liberdade de expressão é amplamente mencionada em vários artigos da lei 12.965, dentre os quais os arts. 2º, 3º, I, 8º, 19 e 19, § 2º.

A origem da norma pode ser atribuída ao momento em que a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e a Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV se uniram e lançaram, em 29 de outubro de 2009, um projeto para a construção colaborativa de um Marco Civil da Internet no Brasil a fim de regulamentar os direitos e responsabilidades no âmbito digital.

O projeto passou por consulta pública *online* em dois momentos, um perante usuários, empresas e sociedade civil indagando quais temas deveriam fazer parte de um marco regulatório civil para a internet no Brasil, e outro com a elaboração de um texto do projeto apresentado à sociedade em consulta aberta com o recebimento de contribuições divulgadas no site <http://culturadigital.br/marcocivil/>.

A norma dedicou a seção III para tratar especificamente da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, eximindo o provedor de conexão, por exemplo, de qualquer responsabilidade nesse caso (art. 18¹⁸), entendimento já consolidado na doutrina e jurisprudência. Já em relação aos provedores de aplicações de internet, no entanto, a norma trouxe em seu art. 19 disposição inteiramente distinta da construção jurisprudencial até então edificada, segundo se verá a seguir.

3.3.1. A necessidade de ordem judicial específica como condição para a responsabilização do provedor de aplicações de internet

Com efeito, diferentemente do entendimento que vinha se mostrando predominante, o art. 19, *caput*, do Marco Civil da Internet estabeleceu a necessidade de ordem judicial específica como pressuposto à responsabilização do provedor. Confira-se:



Art. 19. **Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura**, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, **após ordem judicial específica**, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. (grifos acrescidos)

Em síntese, houve uma limitação legal à responsabilidade civil dos provedores de aplicação, limitação esta ainda maior que a conferida pelo sistema do *notice and takedown*. Com o Marco Civil da Internet, passaram a ser exigidos, em regra, os seguintes requisitos para a responsabilização do provedor de internet: (i) ordem judicial específica determinando a retirada do conteúdo; (ii) identificação precisa dos endereços virtuais relativos a esses conteúdos, sob pena de nulidade da ordem judicial¹⁹; (iii) viabilidade técnica de retirada pelo provedor.

A norma prevê, ainda, a possibilidade de julgamento das causas relativas a esse assunto pelos Juizados Especiais²⁰ e de antecipação dos efeitos da tutela pelo magistrado²¹. Sobre esse tópico, além do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, a nova lei exige a prova inequívoca do fato e o sopesamento do interesse da coletividade na divulgação daquele conteúdo na Internet.

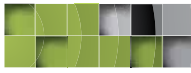
Para MARCEL LEONARDI, que teve participação ativa na elaboração do anteprojeto de lei, o provedor somente poderá ser responsabilizado pelo conteúdo ilícito gerado por terceiro se tiver controle sobre esse material. Tal motivo justificaria a não responsabilização dos provedores *backbone* e de acesso.

O jurista sustenta que a lei atende, simultaneamente, o direito legítimo da vítima de remover o ilícito e o respeito à livre manifestação do pensamento e ao direito à informação, uma vez que a decisão sobre a legalidade ou não do conteúdo deveria caber ao judiciário e não aos usuários ou provedores, sob pena de se atacar a liberdade de expressão. Desse modo, a decisão sobre a (i)legalidade do conteúdo incumbiria somente ao Estado. Do contrário, haveria o risco de a simples notificação extrajudicial provocar a remoção arbitrária de conteúdos lícitos simplesmente a partir da notificação de pessoas a quem o material não agrada.²²

De fato, a disciplina do art. 19 atribui apenas ao juiz o poder de ponderar, em cada caso concreto, se deve prevalecer a divulgação do conteúdo em prol da liberdade de expressão ou se deve ser imposta a sua supressão em observância à privacidade e à intimidade de determinado indivíduo. De acordo com o Marco Civil da Internet, cabe, portanto, ao magistrado verificar caso a caso se o interesse da sociedade será satisfeito pela tutela da liberdade de expressão ao pela proteção da privacidade²³.

Nesse contexto, vale reproduzir novamente as ponderações de FÁBIO ULHOA COELHO, para quem o juiz deve partir de duas premissas: (i) cuida-se a censura judicial de medida extrema, cabível em situações excepcionalíssimas; (ii) a privacidade como tal já acabou. Afinal, todos os nossos passos estão armazenados em imensos e complexos sistemas de informação.²⁴

Em que pese o disposto no art. 19 do Marco Civil da Internet, a doutrina se posiciona em peso ao afirmar que os provedores poderão ser responsabilizados, independentemente de notificação, quando exercerem controle editorial sobre o que é disponibilizado por terceiro²⁵. Após o advento do Marco Civil da Internet, vários são os julgados, inclusive do Superior



Tribunal de Justiça, entendendo que o provedor responderá se realizar controle editorial prévio sobre o conteúdo ou se, ainda que não detenha tal ingerência, deixar de retirar o material lesivo após ordem judicial específica²⁶.

Para encerrar o tópico, cumpre destacar a previsão do art. 20²⁷ do Marco Civil da Internet, segundo o qual, em respeito à liberdade de expressão, o autor do conteúdo deverá ser informado da retirada deste do *site* com vistas a se preservar a liberdade de expressão e o direito ao contraditório e à ampla defesa.

3.3.2. Exceção prevista no art. 21: notificação extrajudicial

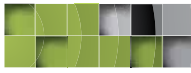
O Marco Civil da Internet trouxe uma hipótese em que basta haver a comunicação pela vítima ao provedor de Internet para que este, caso permaneça omissos e deixe de retirar o conteúdo lesivo, seja responsabilizado. Tal exceção foi prevista no art. 21²⁸ da referida lei, que dispõe ser suficiente a notificação extrajudicial nos casos de divulgação de imagens, vídeos etc. contendo cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado. Também aqui é imprescindível a identificação precisa do material indicado como ofensivo, sob pena de nulidade²⁹.

A doutrina vem relacionando constantemente tal dispositivo à chamada "pornografia de vingança" ou "vingança pornográfica"³⁰. Trata-se da situação em que, após o término de um relacionamento, um dos envolvidos divulga virtualmente fotografias tiradas em momentos íntimos do ex-casal. Cumpre salientar, no entanto, que o artigo trata da simples divulgação, não sendo necessária a motivação de "vingança" para que ele seja aplicado e seja exigida apenas a notificação extrajudicial.

O contexto trazido pelo art. 21 do Marco Civil da Internet permite rememorar o caso de Daniela Cicarelli, ocorrido em janeiro de 2007. A modelo havia sido filmada em 2006 em uma cena íntima com o seu namorado à época, o empresário Tato Malzoni, em uma praia da Espanha. O vídeo, registrado por um paparazzo, foi divulgado no *Youtube* e compartilhado inúmeras vezes.

Quando já estava caindo no esquecimento, o casal decidiu ingressar com uma ação contra o *Youtube* e o *Google* para ver suprimidas por completo a gravação e as referências do *site* de buscas. O magistrado de primeira instância deferiu a liminar para assegurar o direito à privacidade do casal e determinou que o *Youtube* retirasse tal conteúdo, divulgado sem a autorização do casal, devendo impedir, inclusive, fossem baixadas novas gravações com a cena. Dada a impossibilidade técnica de cumprimento de tal decisão, tendo em vista que inúmeros eram os vídeos baixados logo após a supressão dos anteriores, adveio decisão determinando que as empresas de telecomunicações bloqueassem o *Youtube* e suspendessem o acesso dos brasileiros a todo o conteúdo do *site*.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, posteriormente, revogou tal ordem em decisão do Desembargador Enio Zuliani sob o argumento de que haveria indevido cerceamento à liberdade de expressão em se restringir o acesso a todo o *site* e que o cumprimento da ordem



judicial de primeira instância exigiria alterações de programação do *site* que vão de encontro à sua finalidade e à livre manifestação do pensamento.

A remissão ao caso permite fazer a seguinte indagação: se o caso de Daniela ocorresse nos dias de hoje, como ela deveria proceder para retirar o vídeo do site? Haveria responsabilização do provedor? No caso em comento, muito embora se tratasse de cena de ato sexual, como esta não foi filmada em ambiente privado, tudo leva a crer que restaria afastada a aplicação do art. 21 do Marco Civil, incidindo possivelmente a regra geral do respectivo artigo 19. Ou seja, Daniela e seu namorado dependeriam de ordem judicial específica para obrigar o provedor a retirar o vídeo do *site*.

Nessa mesma linha de pensamento, de se chamar a atenção para um exemplo de situação, infelizmente não rara, em que um perfil falso de uma mulher é criado na internet indicando que se trataria de uma prostituta e trazendo o telefone real para contato. Se a fotografia não corresponder a cena de ato sexual ou de nudez, torna-se necessária ordem judicial específica para responsabilizar o provedor de internet, não bastando a simples comunicação indicando que o perfil é inverídico e que, conseqüentemente, causa sérios danos à mulher que foi alvo da falsa divulgação³¹.

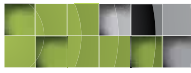
Cabe ressaltar, por fim, que o art. 21 faz menção ao caráter subsidiário da responsabilidade do provedor que deixa de retirar o conteúdo lesivo após notificado extrajudicialmente. Para ANDERSON SCHREIBER, contudo, a utilização do termo "subsidiária" teria sido equivocada, tendo em vista que a responsabilidade seria direta se o provedor, caso notificado extrajudicialmente, deixasse de retirar o conteúdo do *site*.³² Na mesma linha, CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY afirma que a responsabilidade subsidiária nesse caso contraria o art. 942 do Código Civil, que prevê responsabilidade solidária na hipótese de ilícito extracontratual, assim como o art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, que traz o consumidor por equiparação (*bystander*)³³.

3.3.3. Apontamentos críticos

O Marco Civil da Internet vem sendo alvo de severas críticas de parte da doutrina. As reservas são direcionadas principalmente ao art. 19 da lei, dispositivo que, conforme anteriormente ressaltado, condiciona a responsabilização do provedor de serviços de internet à omissão em retirar conteúdo lesivo apenas após ordem judicial específica.

De acordo com CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, o artigo seria indevidamente restritivo e excessivamente parcial, criado para favorecer as empresas proprietárias de provedores de internet. Segundo o doutrinador, haveria determinados conteúdos que ofenderiam tão gravemente os direitos da personalidade que poderiam ser aferidos de forma objetiva, devendo estes serem retirados de imediato pelo provedor, independentemente de ordem judicial.

Seu pensamento revela que a sistemática trazida pelo Marco Civil da Internet prejudica excessivamente a vítima, que se enquadra na categoria de consumidor por equiparação. Afinal,



de acordo com a nova lei, caso não se trate de cena de ato sexual ou de nudez de caráter privado, o consumidor *bystander* deverá ingressar em juízo para obter uma decisão liminar determinando que o provedor suspenda o conteúdo. Até que isso ocorra e a decisão seja cumprida pelo provedor, o dano já teria se iniciado e se expandido consideravelmente. A esse respeito, de rigor reproduzir as palavras do autor:

Na realidade, a opção pela responsabilização do provedor apenas quando descumprida ordem judicial não só carrega ao consumidor-vítima ônus excessivo para tutela de seu direito como, ao mesmo tempo, propicia a **potencialização do dano que experimenta, na medida em que naturalmente se retarda a retirada do conteúdo.**

[...] A uma é que, **é inegável, há conteúdos, mesmo não pornográficos ou de desautorizada nudez, que são objetiva e evidentemente ofensivos.** Basta pensar nos exemplos, infelizmente comuns, de xingamentos, ofensas discriminatórias ou racistas. Depois, se dúvida houvesse que então o provedor fosse a Juízo, invertendo-se o percurso imposto pela lei, e a bem de quem o ordenamento quis tutelar de modo especial³⁴.

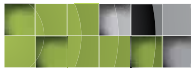
O autor propõe, assim, alternativas de interpretação sistemática que preservem a coerência do ordenamento jurídico em observância ao princípio da unidade. Considerando a inexistência de hierarquia entre os direitos fundamentais, uma vez que todos decorreriam da dignidade da pessoa humana, não há que se atribuir tamanha preponderância à liberdade de expressão. Além disso, se, por um lado, o Marco Civil da Internet é lei especial sob o viés objetivo, pois disciplinou especificamente a matéria, por outro, o Código de Defesa do Consumidor é norma especial sob um olhar subjetivo, pois voltado ao amparo do consumidor, parte mais vulnerável na relação, sendo este, inclusive, digno de tutela constitucionalmente erigida³⁵.

Assim sendo, sob o prisma da proteção do vulnerável, consumidor-terceiro, nas hipóteses de conteúdo objetivamente ofensivo, bastaria a comunicação pela vítima ao provedor para que o retire, sob pena de este ser responsabilizado. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor nesses casos se mostra ainda mais acertada ao se perceber que o art. 19 da lei traz como último trecho "salvo disposição em contrário"³⁶.

SILMARA CHINELLATO compartilha desta opinião ao afirmar que a lei atribui demasiada importância à liberdade de expressão, deixando em segundo plano o terceiro lesado. Além disso, há uma preocupação cada vez maior na busca da solução extrajudicial dos conflitos, priorizando métodos de autocomposição, tais como a conciliação e mediação, vindo a lei a impor exigência incompatível de prévia judicialização. Como consequência, além de não incentivar que o provedor retire do ar o conteúdo lesivo, a demora em se obter uma decisão judicial potencializaria o dano.

A autora também sustenta haver relação de consumo entre o provedor de acesso, o provedor de conteúdo/aplicações e o usuário, uma vez que a suposta gratuidade acobertaria uma remuneração indireta através de publicidade.

No entanto, para ela, a melhor solução não seria a incidência da responsabilidade objetiva, que traz um número limitado de excludentes, o que acabaria por, de fato, ofender a liberdade de expressão. Defende, em seu lugar, seja aplicada a teoria da carga dinâmica da prova com a inversão do ônus em favor da vítima, visto que o provedor teria melhores



condições técnicas para identificar o autor do conteúdo (através da identificação do IP - *Internet Protocol*) e sua localização (URL - *Universal Resource Locator*)³⁷. A responsabilidade civil subjetiva com inversão do ônus da prova seria, assim, uma forma de conciliar o respeito à liberdade de expressão e a proteção aos direitos de terceiros.

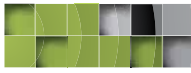
ANDERSON SCHREIBER, que, ao comentar o art. 19 do Marco Civil, atribuiu-lhe o título de "nem *notice*, nem *takedown*", afirma que a lei seria um retrocesso. Isso porque, como já destacado pelos demais doutrinadores, transfere para a vítima o ônus de recorrer ao judiciário para ver suspenso um conteúdo que se propaga rapidamente, o que também acarreta custos para o próprio judiciário. Sua crítica é contundente:

Se a vítima de lesão ao seu direito fundamental precisa recorrer ao Poder Judiciário, pleiteando uma ordem judicial, a ser expedida à empresa, o art. 19 lhe é inteiramente inútil pela simples razão de que a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário sempre existiu no direito brasileiro e o descumprimento de ordem judicial, independentemente de qualquer consideração sobre responsabilidade civil, configura crime de desobediência (CP, art. 330). Pior, na dicção literal do art. 19, o descumprimento de ordem judicial passa a ser condição necessária para a responsabilização dos provedores.³⁸

Para SCHREIBER, o art. 19 seria inconstitucional por violação da garantia constitucional de reparação plena e integral por danos à honra, à privacidade e à imagem (CF, art. 5º, X) e acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), porque condiciona a reparação dos danos à propositura de ação judicial e ordem judicial específica. Nessa toada, frisa que o acesso ao judiciário é direito da vítima, nunca um dever. Ofenderia, portanto, o princípio da vedação do retrocesso, porquanto retroagiria em uma esfera de proteção já afirmada pela jurisprudência brasileira. Propõe, nesse diapasão, uma interpretação conforme a Constituição Federal que afaste o requisito de ordem judicial nas hipóteses de violação a direitos da personalidade, caso em que deveria incidir a disciplina do art. 21 do Marco Civil, para o qual basta a notificação extrajudicial. Nas suas palavras, "[a] internet não pode representar uma bolha de irresponsabilidade dentro da vida em sociedade"³⁹.

A discussão sobre a (in)constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet é objeto de repercussão geral no Supremo Tribunal de Justiça reconhecida em 02 de março de 2018. O tema 987, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, visa a analisar a exigência de ordem judicial prévia e específica de exclusão de conteúdo lesivo inserido por terceiro como condição para a responsabilidade civil de provedores de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais à luz dos arts. 5º, incisos IV, IX, XIV; e 220, *caput*, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal.

O *leading case* consiste no Recurso Extraordinário 1037396, interposto pelo *Facebook* em face de julgado da Turma Recursal de Juizados Especiais Estaduais de São Paulo, no qual restou reconhecida a responsabilidade civil da empresa pela divulgação de um perfil falso e difamador da autora elaborado por um terceiro, sendo aquela condenada a reparar esta pelo ocorrido no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). No caso concreto, a turma julgadora dispensou a exigência legal de notificação prévia e específica por entender que esta cede diante da disciplina protetiva do consumidor, prevalecendo o art. 6º, inciso VI, que assegura a "efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos", sendo a



reparação fundamentada, igualmente, na prestação de um serviço defeituoso, consoante disciplina o art. 14, também do Código de Defesa do Consumidor.

Até o momento, ingressaram como *amici curiae* diversas empresas e entidades, tais como Yahoo, Google, Twitter, Mercado Livre, a Wikimedia, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), a Associação Brasileira de Internet (ABRANET), a Associação Internetlab de Pesquisa em Direito e Tecnologia e o Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

Resta saber se o Supremo Tribunal Federal irá, à luz da Constituição de 1988, entender que o art. 19 do Marco Civil da Internet acabou, de fato, por assegurar com magnitude a liberdade de expressão em detrimento dos demais direitos fundamentais constitucionalmente previstos, a exemplo do direito à intimidade, à imagem, à honra e à vida privada.

Ressalvados tais posicionamentos, destaca-se ser assente o entendimento de que nada impede a retirada espontânea de conteúdos ofensivos, conforme a política dos próprios provedores na prestação de seus serviços.⁴⁰

4. O armazenamento dos registros de conexão e de acesso às aplicações

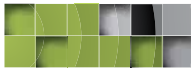
A internet muito facilitou o acesso ao conhecimento, reduziu distâncias e alavancou exponencialmente o intercâmbio de informações. A informação, de fato, é um bem muito valioso, o que torna sensível o armazenamento de determinados dados relativos aos usuários da rede mundial de computadores.

Ainda que o provedor, em tese, possa não ser responsabilizado caso remova o conteúdo lesivo logo após ordem judicial específica que o determine, deverá fornecer os dados do responsável direto pelo ato lesivo⁴¹. Assim, considerando que o sistema processual pátrio veda a propositura de ação em face de réu indeterminado, deverá o terceiro, primeiramente, pleitear junto ao provedor a identificação daquele que postou o conteúdo para, posteriormente, ingressar contra este. Para este fim, o armazenamento dos dados dos usuários é fundamental.

A guarda de dados pode significar, contudo, uma invasão indevida à privacidade do usuário, certo que tais informações permitiriam identificar, por exemplo, os horários em que determinado indivíduo se conecta à internet, de onde está se conectando ou, ainda, detalhes sobre quais *sites* ele visita e por quais produtos se interessa. Tais informações são, sem dúvida, valiosíssimas para fornecedores, sempre interessados em anunciar para um público específico.

Por certo, a análise dos registros de conexão e de acesso às aplicações permite identificar um padrão de conduta do usuário na internet, sendo este um conjunto de dados bastante sensível à sua esfera de intimidade, em razão de poder indicar suas preferências, interesses, desejos de consumo, religião, locais frequentados etc. Assim, são merecedores de tutela, de modo a que não sejam utilizados de maneira imprópria.

O assunto relativo ao armazenamento de dados leva à questão dos registros, sempre relativos a algo que já ocorreu, algo pretérito. Cuida-se o registro de "um objeto causal, ou seja,



ele existe em razão de algo que já ocorreu, refere-se a um fato pretérito e nenhum fato futuro estará associado a um registro⁴².

O Marco Civil da Internet diferencia no art. 5º, VI⁴³ e VIII⁴⁴, os registros de conexão dos registros de acesso às aplicações. Os primeiros correspondem ao conjunto de informações relativos à data, hora e período de conexão à internet, o que abrange o endereço de IP utilizado, ao passo que os últimos significam o conjunto de informações relativo ao uso de determinada aplicação da internet por certo endereço de IP.

É importante salientar que o armazenamento de tais registros não pode se dar de modo aleatório, devendo sempre atender a determinado objetivo, seja ele de interesse público ou particular. Os registros disciplinados no Marco Civil da Internet são suscetíveis de serem associados a determinada pessoa, sendo relativos à navegação desta *online*. Os registros indicados no Marco Civil da Internet não são, portanto, anônimos.

Destaca-se que, em regra, tais registros são gerados sem a autorização do usuário, sendo certo que a sua existência não se confunde com o seu armazenamento ou uso. A guarda, ao contrário de como são gerados, decorre de uma manifestação de vontade que retira dessa informação originada o que será alvo de catálogo e arquivo para o futuro⁴⁵.

Conforme salientado, o Marco Civil da Internet tutela os registros que possam gerar algum risco para a privacidade dos seus autores. Os dados brutos associados ao número de pessoas conectadas ou que acessam determinado *site*, desprovidos de personalidade, não são objeto de restrição pelo Marco Civil. Em sendo tais registros anônimos, a sua guarda e estudo são liberados.

De acordo com o Marco Civil da Internet, há registros que devem ser obrigatoriamente armazenados e outros cuja guarda é expressamente vedada. Os de armazenamento imperativo são os dados que permitem a identificação do responsável por conteúdo (potencialmente ilícito), viabilizando a responsabilidade civil e criminal.

Sobre essa espécie de armazenamento, vale lembrar o termo de ajustamento de conduta firmado em 2008 pela *Google* e pelo MPF/SP perante a CPI da Pedofilia, quando se fixou o dever de preservação de todos os dados necessários à investigação pelo período de seis meses, com o fornecimento desses dados à polícia brasileira e ao Ministério Público mediante autorização judicial. A retirada de conteúdos ilícitos poderia se dar, conforme estipulado, por ordem judicial, do Ministério Público ou de autoridade policial.

Nesse caminhar, necessário esclarecer que os registros de conexão identificam os equipamentos que acessam à internet ao passo que os registros de acesso às aplicações permitem identificar o equipamento ou o nome do usuário. Com o armazenamento de tais dados, torna-se possível descobrir o autor de determinado conteúdo. Isso significa que o ato de suprimir tais registros acabaria por impossibilitar qualquer investigação do responsável, daí a importância de seu armazenamento.

Há, porém, registros cuja guarda é vedada: são aqueles que, se divulgados, acarretariam danos irreversíveis ao autor. Segundo o Marco Civil da Internet, é proibido o armazenamento de histórico de acesso às aplicações pelo provedor de conexão⁴⁶, de registros em excesso e do



histórico de acesso às outras aplicações pelo provedor da aplicação diretamente acessada pelo usuário⁴⁷.

Existem, ainda, registros cuja guarda e tratamento são permitidos se houver autorização do usuário⁴⁸. O armazenamento e manejo de tais dados, vendidos aos anunciantes, produzem importantes ferramentas para identificar o público mais favorável de consumir o produto ou serviço ofertado, variando a publicidade conforme os padrões de navegação do usuário. A esse respeito, confirmam-se os ensinamentos de ALEXANDRE MACHADO:

Os sites de buscas conhecem todos os hábitos de navegação dos usuários na grande rede, posto que os acompanham assim que seus serviços ou conteúdos são acessados. Os *cookies* são pequenos fragmentos deixados pela passagem pelos sites e com eles, informações básicas como o número do IP (identidade de acesso à Internet - o RG virtual) são coletadas por softwares sem o conhecimento do usuário, na maioria das vezes. De posse dessas informações, os sites de busca montam perfis e assim, são capazes de manusear informações privilegiadas e com valor altamente agregado⁴⁹.

Ao seu turno, tendo em vista que o ordenamento pátrio não permite, como regra, a propositura de ação em face de réu indeterminado, mostra-se de relevo a definição do tempo de guarda de informações que permitam a identificação daquele que praticou o ato lesivo.

Segundo o entendimento da jurisprudência anterior ao advento do Marco Civil da Internet, o provedor deveria guardar os registros que permitem a identificação do usuário pelo prazo de três anos, o mesmo prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002 para a responsabilidade civil extracontratual⁵⁰.

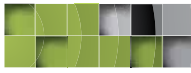
O Marco Civil, no entanto, trouxe um prazo mais curto, de um ano para a guarda dos registros de conexão e de seis meses para a guarda de registros de acesso às aplicações⁵¹.

Quanto a este particular, a novel legislação estabeleceu regra mais uma vez em sentido contrário à jurisprudência anteriormente consolidada, tendo sido alvo de críticas pela doutrina notadamente no que diz respeito ao prazo de armazenamento legalmente previsto, tendo em vista justamente o prazo bem mais extenso trazido tanto pelo art. 206 do Código Civil, de três anos, como pelo art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, de cinco anos⁵².

Sobre esse tema, salienta-se que os arts. 13 e 15 de referida lei dispõem sobre a possibilidade de extensão desse prazo. Para que isso ocorra, no entanto, a vítima precisaria ter ciência do conteúdo lesivo no prazo previsto pela lei, de seis meses ou um ano, a depender da espécie de provedor.

5. O direito ao esquecimento

Por fim, interessante tecer breves comentários sobre o chamado “direito ao esquecimento”, que consiste, basicamente, no direito a não ser lembrado contra a sua vontade, o qual geralmente é invocado diante de fatos desabonadores, tais como uma prévia condenação criminal ou exposição indevida da intimidade do indivíduo.



Sobre esse tema, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu não ser possível proibir os provedores de busca de eliminar palavras-chave que são sugeridas tendo em vista justamente o elevado número de pesquisas com determinados termos. Em julgamento sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, entendeu-se que tais provedores não poderiam ser obrigados a implementar o direito ao esquecimento sem que houvesse fundamento normativo⁵³.

No âmbito doutrinário, no entanto, o direito ao esquecimento vem ganhando força, o que pode ser constatado com a edição do Enunciado 531 na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, segundo o qual "[a] tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento".

Referido enunciado foi embasado no art. 11⁵⁴ do Código Civil, que versa sobre os direitos da personalidade. Sua justificativa identifica a origem histórica do instituto no âmbito das condenações criminais, com especial enfoque no direito do ex-detento à ressocialização. Se, por um lado, o direito ao esquecimento não permitiria que alguém apagasse ou alterasse a própria história, abriria espaço para gerir o uso de fatos pretéritos e o modo como são lembrados.

6. Conclusão

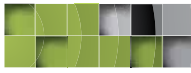
O desenvolvimento tecnológico que proporcionou a criação da rede mundial de computadores, sem dúvida, trouxe diversos benefícios para a sociedade, sendo talvez o principal o significativo intercâmbio de informações e o fomento ao conhecimento. De fato, a internet costuma estar relacionada às vantagens da liberdade de expressão e à livre manifestação de pensamento.

Contudo, ao mesmo tempo em que trouxe um leque de benesses, fez nascer um novo ambiente no meio virtual que sujeita os indivíduos aos danos daí decorrentes. O espaço tido como democrático, indiferente às distinções econômicas, sociais e étnicas, pode servir de palco para extremismos, radicalismos e graves ofensas a direitos de terceiros.

Cumpra ao Direito regulamentar tais situações, devendo se ter em mente que determinado conteúdo divulgado na internet pode provocar danos irreparáveis à vítima. O indivíduo pode vir a ter problemas de relacionamento ou na empresa que trabalha em razão de uma informação inverídica ou privada que venha a ser divulgada, podendo mesmo vir a perder seu emprego, por exemplo.

Conforme visto ao longo desse trabalho, no vácuo de legislação específica, houve o entendimento inicial no sentido de que a atividade dos provedores de internet consistiria em atividade de risco, devendo estes responder de forma objetiva pelo conteúdo divulgado, seja com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, seja no parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Posteriormente, se entendeu que tal responsabilização frustraria o próprio objetivo da internet, ágil por excelência, passando os tribunais brasileiros a decidir que o provedor não é



responsável, em regra, pelos conteúdos ilícitos transmitidos, a não ser que assuma um dever de controle prévio ou fiscalização. Do contrário, seriam responsabilizados apenas se, uma vez notificados, deixassem de suprimir o conteúdo lesivo, sendo importado o sistema norte-americano do *notice and takedown*.

Contrariando a jurisprudência até então dominante, o Marco Civil da Internet trouxe como regra a exigência de ordem judicial específica contendo o exato endereço do conteúdo violador, sendo a responsabilidade primária daquele que diretamente postou o conteúdo lesivo. A lei manteve, no entanto, o mecanismo do *notice and takedown* para as hipóteses de divulgação de cenas de sexo ou de nudez em ambiente privado.

A constitucionalidade da norma que condiciona a responsabilização do provedor a decisão judicial específica vem sendo combatida tanto na doutrina como na jurisprudência, tanto que reconhecida a repercussão geral do tema pelo Supremo Tribunal Federal. A decisão irá analisar se, de fato, o Marco Civil da Internet conferiu demasiada importância à liberdade de expressão em detrimento dos demais direitos fundamentais e do sistema protetivo do consumidor.

Independentemente do resultado, incumbe ao provedor o fornecimento dos dados do responsável armazenados nos registros de conexão ou de acesso às aplicações. De acordo com o Marco Civil, os registros de conexão devem ser armazenados por um ano ao passo que o dever de guarda dos registros de acesso às aplicações deve se dar pelo período seis meses.

Por fim, quanto ao direito ao esquecimento, verifica-se não haver consenso, por ora, quanto ao dever dos provedores de respeitá-lo. Embora se vislumbre jurisprudência afastando esse dever sob o argumento de ausência de previsão legal, a doutrina vem entendendo que a proteção conferida aos direitos da personalidade permite ao indivíduo interferir na forma como determinados fatos relativos ao seu passado são lembrados, utilizados ou geridos.

Do exposto, objetivou-se demonstrar algumas das principais questões envolvendo a responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet. Mesmo após o advento de legislação específica, permanecem opiniões divergentes tanto na doutrina como na jurisprudência, sendo o debate inerente ao próprio Direito e essencial para o saudável aprimoramento dessa ciência. Ainda assim, é possível concluir que, na celeuma entre a liberdade de expressão e os direitos à privacidade, à imagem e à intimidade, precisar o que deverá ser objeto de tutela se mostra de todo desafiador e sensível, principalmente quando tal embate ocorre no cenário da rede mundial de computadores.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. *44 cartas do mundo líquido moderno*. Tradução: Vera Pereira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Marco Civil da Internet e Direito Autoral: Responsabilidade Civil dos Provedores de Conteúdo. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III - Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)* São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 321 a 339.

COELHO, Fábio Ulhoa. O Direito à privacidade no Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III - Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)* São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 503 a 516.

CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos Jurídicos da Internet*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DE GODOY, Claudio Luiz Bueno. Uma Análise Crítica da Responsabilidade Civil dos Provedores na Lei n. 12.965/14 (Marco Civil da Internet). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III - Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)* São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 307 a 320.

KENSKI, Rafael. A internet, 10 anos que abalaram o mundo. Revista Super Interessante, 31 ago. 2002, atualizado em 31 out. 2016. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/tecnologia/a-internet-10-anos-que-abalaram-o-mundo/>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

LEONARDI, Marcel. Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/2012/04/internet-e-regulacao-o-bom-exemplo-do-marco-civil-da-internet/>>

_____. Tutela e Privacidade na Internet. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrpsi.pdf>>. Acesso em 27 nov. 2016.

LOPEZ, Tereza Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MACHADO, Alexandre Frago. Os anunciantes, os sites de busca e os links patrocinados: Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patricia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 645 a 677.

NORI, Fabio. A Guarda dos Registros de Conexão e dos Registros de Acesso às Aplicações no Marco Civil. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III - Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)* São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 169-189.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A Responsabilidade Civil por Dano Derivado do Conteúdo Gerado por Terceiro. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.).



Direito & Internet III - Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 277 a 305.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coords.). *Responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUZA, Marcos Rogério de. Responsabilidade Civil pelo Conteúdo das Informações Transmitidas pela Internet. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patricia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 678 a 697.

Notas

¹ Wikipédia. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Internet>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

² CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos Jurídicos da Internet*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.

³ BAUMAN, Zygmunt. *44 cartas do mundo líquido moderno*. Tradução: Vera Pereira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011, p. 8.

⁴ DE GODOY, Claudio Luiz Bueno. Uma Análise Crítica da Responsabilidade Civil dos Provedores na Lei n. 12.965/14 (Marco Civil da Internet). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III - Tomo II: Marco Civil da Internet* (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 307.

⁵ LOPEZ, Tereza Ancona. *Princípio da Prevenção e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 30.

⁶ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2019, p. 19.

⁷ Art. 220 da Constituição Federal (CF): "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística".

⁸ Art. 5º, X, CF: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. O Direito à privacidade no Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III - Tomo II: Marco Civil da Internet* (Lei n. 12.965/2014) São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 507.

¹⁰ COELHO, Op. Cit., p. 506.

¹¹ DE GODOY, Op. Cit., p. 308.

¹² 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."

¹³ Nesse sentido, v. TJRJ, Agravo previsto no art. 557 do Código de Processo Civil interposto na Apelação Cível 2009.001.41528, no qual nem a precisa identificação do usuário diretamente responsável afastou a responsabilização do provedor.

¹⁴ Vale conferir o seguinte trecho da ementa: **A internet é o espaço por excelência da liberdade, o que não significa dizer que seja um universo sem lei e infenso à responsabilidade pelos abusos que lá venham a ocorrer. [...] 7. Quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na internet é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos direitos da personalidade de internautas e terceiros como os próprios internautas que geram e disseminam informações ofensivas aos valores mais mezinhas da vida em comunidade, seja ela real, seja virtual.** 8. Essa co-responsabilidade – parte do compromisso social da empresa moderna com a sociedade, sob o manto da excelência dos serviços que presta e da merecida admiração que conta em todo mundo – é aceita pelo Google, tanto que atuou, de forma decisiva, no sentido de excluir páginas e identificar os gângsteres virtuais. [...] 11. Recurso Especial não provido. (STJ, REsp 1117633/RO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 09.03.2010, grifos acrescidos)



¹⁵ SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A Responsabilidade Civil por Dano Derivado do Conteúdo Gerado por Terceiro. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III - Tomo II: Marco Civil da Internet* (Lei n. 12.965/2014) São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 286.

¹⁶ TJSP, Apelação 990101265648, Relator Desembargador Francisco Loureiro, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 21.10.2010.

¹⁷ V. trecho da ementa: "1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. **O fato do serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração" contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.** 3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. 4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. 5. **Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.**" (STJ, REsp 1.192.208/MG, Rel. Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, j. 12.06.2012, grifos acrescidos). No mesmo sentido, REsp 1.306.066, Terceira Turma, Rel. Ministro Sidnei Beneti, j. 17.04.2012.

¹⁸ Art. 18 do Marco Civil: "O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros".

¹⁹ O art. 19, § 1º "A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, **sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente**, que permita a localização inequívoca do material" (grifos acrescidos).

²⁰ Art. 19, § 3º "As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais."

²¹ § 4º "O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo **prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade** na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação". (grifo acrescido)

²² LEONARDI, Marcel. Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/2012/04/internet-e-regulacao-o-bom-exemplo-do-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em 15 abr. 2019.

²³ Nesse sentido, veja os seguintes julgados: STJ, REsp 1.568.935/RJ, e TJSP, Apelação 0001489-32.2013.8.26.0547.

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa, Op. Cit., p. 515.

²⁵ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2019, p. 180.

²⁶ Nesse sentido, REsp 1568935/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 05.04.2016: "A responsabilidade dos provedores de conteúdo de internet em geral depende da existência ou não do controle editorial do material disponibilizado na rede. Não havendo esse controle, a responsabilização somente é devida se, após notificação judicial para a retirada do material, mantiver-se inerte. Se houver o controle, o provedor de conteúdo torna-se responsável pelo material publicado independentemente de notificação. [...] Não se pode impor ao provedor de internet que monitore o conteúdo produzido pelos usuários da rede, de modo a impedir, ou censurar previamente, a divulgação de futuras manifestações ofensivas contra determinado indivíduo". No mesmo sentido, AgRg no AREsp 681.413/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 08.03.2016: "Este Tribunal Superior já se manifestou no sentido de que: I) o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas em site por usuário não constitui risco inerente à atividade desenvolvida pelo provedor de busca na internet, que não realiza controle prévio de conteúdo inserido e disponibilizado por usuários, pelo que não se lhe aplica a responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/2002; II) a fiscalização prévia dos conteúdos postados não é atividade intrínseca



ao serviço prestado pelo provedor de mera busca, cabendo ao ofendido individualizar o que lhe interessa e fornecer o URL. 3. Haverá responsabilidade subjetiva do provedor de busca, quando: I) ao ser adequadamente comunicado de que determinado texto ou imagem tem conteúdo ilícito, por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar, passando a responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão em que incide; II) não mantiver um sistema ou não adotar providências, que estiverem tecnicamente ao seu alcance, após receber o URL, de modo a possibilitar a identificação do usuário responsável pela divulgação ou a individuação dele, a fim de coibir o anonimato".

²⁷ Art. 20 do Marco Civil: "Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário".

²⁸ Art. 21 do Marco Civil: "O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido".

²⁹ Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado: STJ, REsp 1.492.947/SP.

³⁰ SCHREIBER, Anderson, *Op. Cit.*, p. 296.

³¹ Tal exemplo é citado na obra de Anderson Schreiber, que traz para ilustrar a situação a apelação 0006694-44.2007.8.19.0063, julgada pelo TJRJ, em decisão da lavra do Rel. Desembargador Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara, da Segunda Câmara Cível, em 08.04.2009. (*Op. Cit.*, p. 285)

³² SCHREIBER, Anderson, *Op. Cit.*, p. 296.

³³ DE GODOY, Cláudio Luiz Bueno, *Op. Cit.*, p. 317.

³⁴ DE GODOY, Cláudio Luiz Bueno, *Op. Cit.*, p. 315, grifos acrescidos.

³⁵ Com esse posicionamento manifestou-se o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação 1004264-50.2014.8.26.0132, da Primeira Câmara de Direito Privado, que teve o Desembargador Francisco Loureiro como relator e contou com a participação do Desembargador Cláudio Luiz Bueno de Godoy. No caso, em que haviam sido feitas ofensas a certo médico e político em um grupo aberto do *Facebook*, se entendeu pela prevalência dos direitos à honra e à privacidade sobre a liberdade de expressão e se estabeleceu que, mesmo após o advento do Marco Civil da Internet, basta a inércia do provedor após sua notificação extrajudicial para a sua responsabilização.

³⁶ Esposando tal entendimento, vale conferir o julgamento da Apelação 1004264-50.2014.8.26.0132 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo indicando que basta a notificação extrajudicial para surgir o dever do provedor de retirar conteúdo objetivamente ofensivo, ainda que posteriormente ao Marco Civil da Internet.

³⁷ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Marco Civil da Internet e Direito Autoral: Responsabilidade Civil dos Provedores de Conteúdo. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III - Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)* São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 335.

³⁸ SCHREIBER, Anderson, *Op. Cit.*, p. 290.

³⁹ Disponível em: <<http://sdls.com.br/uploads/files/2018/06/artigo-marco-civil-internet-1529497697.pdf>> Acesso em 20 abr. 2019.

⁴⁰ Sobre o tema, ensina Marcel Leonardi: "cada provedor continua livre para implementar as políticas que entender pertinentes para remoção voluntária de conteúdo. Não se deve pensar, portanto, que o provedor está de mãos atadas, aguardando por uma ordem judicial: ele pode perfeitamente remover o conteúdo de acordo com seus termos de uso, suas políticas e outras práticas". (Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/2012/04/internet-e-regulacao-o-bom-exemplo-do-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em 15 abr. 2019.)

⁴¹ O REsp 1.193.764, Rel. Ministra Nancy Andriighi, trata da identificação dos IPs e impossibilidade técnica de filtro prévio do conteúdo que contenha violação a direitos da personalidade ou autorais.

⁴² NORI, Fábio. A Guarda dos Registros de Conexão e dos Registros de Acesso às Aplicações no Marco Civil. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.).



Direito & Internet III - Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 169.

⁴³ Art. 5º, VI: "registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados".

⁴⁴ Art. 5º, VIII: "registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP".

⁴⁵ NORI, Fabio, Op. Cit., p. 172.

⁴⁶ Art. 14: "Na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registros de acesso a aplicações de internet".

⁴⁷ Art. 16: "Na provisão de aplicações de internet, onerosa ou gratuita, é vedada a guarda:

I - dos registros de acesso a outras aplicações de internet sem que o titular dos dados tenha consentido previamente, respeitado o disposto no art. 7º; ou

II - de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular".

⁴⁸ Art. 7º: "O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

[...]

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet".

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

⁴⁹ MACHADO, Alexandre Fragoso. Os anunciantes, os sites de busca e os links patrocinados: Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patricia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 649.

⁵⁰ Nesse sentido, v. REsp 1.398.985, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, j. 19.11.2013.

⁵¹ Art. 15: "O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

§ 1º Ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, os provedores de aplicações de internet que não estão sujeitos ao disposto no caput a guardarem registros de acesso a aplicações de internet, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado.

§ 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente a qualquer provedor de aplicações de internet que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados, inclusive por prazo superior ao previsto no caput, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 13.

§ 3º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

§ 4º Na aplicação de sanções pelo descumprimento ao disposto neste artigo, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência."

⁵² Nesse sentido, Claudio Bueno de Godoy, Op. Cit., p. 313.

⁵³ V. julgamento do AgInt no REsp 1.593.873/SP, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 10.11.2016, do qual foi extraído o trecho a seguir: "Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido. **Ausência de fundamento normativo para imputar aos provedores de aplicação de buscas na internet a obrigação de implementar o direito ao esquecimento e, assim, exercer função de censor digital**". (grifo acrescido)

⁵⁴ Art. 11: "Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária".

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-92898-24-3



9 788592 898243

