

Panfletagem imobiliária e abuso de direito: proposições para a tutela do meio ambiente urbano

Artur de Albuquerque Torres¹
José Roberto Strang Xavier Filho²

RESUMO: Há mais de década, a lei proíbe a distribuição de material publicitário impresso nos espaços públicos do Município de São Paulo. Mesmo assim, panfletos promovendo empreendimentos imobiliários ainda assolam a cidade. Empresas têm tentado esquivar-se de responsabilidade de duas formas. Primeiro, disfarçando publicidade como se fosse notícia. Segundo, invocando a liberdade de imprensa, em juízo, como fundamento para a invalidação das multas. Este artigo discute a licitude da estratégia e analisa a jurisprudência que vem se formando. Olhando para o problema sob a perspectiva do meio ambiente urbano, o artigo aborda diferentes tipos de tutela coletiva disponíveis em face das empresas.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente urbano. Publicidade. Liberdade de imprensa. Abuso de direitos.

ABSTRACT: Despite a decade-old ordinance that bans the distribution of advertising material in a public place, leaflets promoting real estate developments still plague the City of São Paulo. Companies have been attempting to evade liability in two ways. First, by disguising advertisement as news. Second, by challenging enforcement on freedom of the press grounds. This paper discusses the legal validity of the strategy and assesses recent judicial rulings. Reframing the issue from an urban environment perspective, it addresses different types of relief available in case of litigation against the industry.

KEYWORDS: Urban environment. Advertising. Freedom of the press. Abuse of rights.

¹ Procurador do Município de São Paulo, Pós-Graduado em Direito Tributário. artur.at@gmail.com

² Procurador do Município de São Paulo, Mestrando em Direito Ambiental pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. LL.M. pela Harvard Law School. jrstrang@adv.oabsp.org.br

1 Introdução

Quem circula pelas ruas de São Paulo, já se deparou, muito provavelmente, com pessoas distribuindo panfletos promovendo lançamentos de imóveis. Geralmente com duas ou mais páginas, a maior parte dedicada a exibir imagens computadorizadas do futuro prédio, costumam também veicular textos curtos e superficiais acerca do bairro onde será construído e das vantagens de ali se morar, além de “fococas” breves sobre celebridades, dicas de culinária em poucas linhas, dentre outras “variedades”.

Muita gente pode não saber que a distribuição de tais materiais em vias públicas é vedada por lei do Município, tanto em razão da poluição visual que causam, quanto do mau e arraigado hábito do descarte irregular. E quase todo mundo se surpreenderia com o argumento utilizado para a burla à proibição. As agências de publicidade “editoras” e suas clientes, as incorporadoras anunciantes, invocam a presença daqueles textos curtos e inúteis para alegar que os materiais, na verdade, são jornais.

Embora pareça risível, a tentativa embute duas estratégias jurídicas. Uma é a de borrar as linhas que separam publicidade de informação, ainda que de modo frágil, mas em medida dosada a suscitar controvérsia sobre se os impressos podem ser considerados inteiramente propagandísticos. A segunda é mais astuciosa. Ao declarar que se trata de jornais, as empresas estão a desafiar a legitimidade do Poder Público e seus agentes para dizer o contrário. E o desafio toca em ferida ainda aberta na consciência nacional: a censura à imprensa.

O presente trabalho tem dois objetivos. Primeiramente, o de apresentar o problema infligido à cidade, à Administração Pública e ao Poder Judiciário pela conduta de empresas do ramo imobiliário de, reiteradamente, desafiar a proibição legal de distribuição de material publicitário impresso em vias públicas, induzindo confusão pelo enxerto de mensagens supostamente informativas e deflagrando litigância contumaz em face das autuações. O segundo é de contribuir para o debate sob a perspectiva do meio ambiente urbano e do abuso de direito, apontando para meios adicionais ao poder de polícia e à sanção administrativa pelos quais a coletividade pode enfrentar a prática.

2 A lei municipal: entre o joio publicitário e o trigo informativo

A norma proibitiva se encontra inculpada, atualmente, no art. 26 da Lei nº 14.517, de 16 de outubro de 2007 (SÃO PAULO, 2007), cujo *caput* traz os dizeres:

É proibida, nas vias e logradouros públicos, a distribuição de folhetos, panfletos ou qualquer tipo de material impresso veiculando mensagens publicitárias, entregues manualmente, lançados de veículos, aeronaves ou edificações ou oferecidos em mostruários.

Na época, a Lei Cidade Limpa (SÃO PAULO, 2006), exemplo orgulhoso de efetividade social ou “lei que pegou”, ainda estava nos primórdios de sua vigência. Era alvo de insistentes batalhas judiciais por parte de agências de propaganda e de algumas empresas que foram autuadas, vencidas pelo Município e sua Procuradoria Geral, seja em sede de controle concentrado de constitucionalidade perante o Tribunal de Justiça (SÃO PAULO, 2008), com reexame pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2013)³, seja na grande maioria dos litígios de alcance individual.

Expoente de política urbanística e ambiental bem construída e sucedida, a Lei Cidade Limpa foca em anúncios, isto é, “qualquer veículo de comunicação visual presente na paisagem visível do logradouro público” (SÃO PAULO, 2006, art.

³AI nº 799.690 AgR/SP: “DIREITO CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. PLANEJAMENTO URBANO. MEIO AMBIENTE E PAISAGEM URBANA. PUBLICIDADE E PROPAGANDA EXTERNA. POLUIÇÃO VISUAL. INTERPRETAÇÃO DA LEI MUNICIPAL PAULISTA 14.223/2006. COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA LEGISLAR SOBRE ASSUNTOS DE INTERESSE LOCAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 15.6.2009. A matéria constitucional versada nos arts. 1º, IV, 5º, XIII, 22, XXIX, 87, IV, e 173, da Constituição Federal, não foi analisada pelas instâncias ordinárias, tampouco mencionada nos embargos de declaração opostos para satisfazer o requisito do prequestionamento. O acórdão recorrido assentou que a Lei Municipal 14.223/2006 - denominada Lei Cidade Limpa - trata de assuntos de interesse local, entre os quais, a ordenação dos elementos que compõem a paisagem urbana, com vistas a evitar a poluição visual e bem cuidar do meio ambiente e do patrimônio da cidade. Agravo regimental conhecido e não provido.”

6º, I), como *outdoors*, letreiros, placas em fachadas de edificações, cartazes sobre a rua, pôsteres adesivos nos muros, enfim, que veiculem publicidade (anúncios publicitários) ou informação de que ali há estabelecimento comercial e o respectivo nome (anúncios indicativos). Os primeiros, a lei proibiu; os segundos, disciplinou (SÃO PAULO, 2006, art. 24).

Mas a lei deixou de fora elemento de vocação poluidora mais abrangente do que o entulho visual dos anúncios: os panfletos e demais impressos de tamanho reduzido. Foi o que o legislador buscou endereçar menos de um ano depois, aproveitando o ensejo de projeto de lei de criação do "Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas" e da "Companhia São Paulo de Parcerias" (SÃO PAULO, 2007). Pondo-se de lado a pertinência temática do único dispositivo a cuidar de panfletos e poluição, o dilema do legislador veio no momento de deixar claro que não interferiria com a liberdade de imprensa e de veiculação de jornais — respeitando assim o art. 220, § 6º da Constituição Federal, que proíbe a exigência de licença pelo poder público, para a publicação de veículos de comunicação impressos.

A opção inicial foi a de fixar critérios objetivos. A lei foi promulgada com o art. 26, § 2º dispondo que: "Excetua-se da vedação estabelecida no "caput" deste artigo a distribuição gratuita de jornais e publicações contendo, no mínimo, 80% (oitenta por cento) de matéria jornalística, nos termos a serem definidos em regulamentação própria".

Elegia-se, desse modo, critério mais quantitativo do que qualitativo, para balizar o controle feito pela Administração Pública municipal. Examinado o veículo impresso (sempre posteriormente à sua publicação), ele seria considerado *jornal* se contivesse, no mínimo, 80% de informação jornalística. Menos que isso, a infração administrativa estaria configurada, ainda que houvesse ali certa quantidade de informação jornalística.

Bem ou mal — antes que se discuta se 80% de informação jornalística seria um patamar demasiadamente exigente ou ainda insuficiente —, a fixação de um critério objetivo tinha duas vantagens: garantia a isonomia de tratamento entre as publicações impressas e permitia a eficiência na apreciação de seu conteúdo pelos fiscais municipais.

Sem que saiba ao certo o porquê, a norma teve vida curta.

Em 6 de novembro do mesmo ano (2007), a Lei nº 14.583 lhe conferiu nova redação: "Considerando o disposto no

inciso IX do art. 5º da Constituição Federal, excetua-se da vedação estabelecida no “caput” deste artigo a distribuição gratuita de jornais e periódicos que se enquadrem na Lei Federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967”.

A falta de técnica do legislador paulistano se revelaria também de clarividência. A lei federal a que se passou a fazer remissão era a famigerada “Lei de Imprensa”, editada durante o regime militar com indisfarçável propósito de controle estatal da atividade jornalística, em tempo de censura oficial positiva e operante. A infelicidade se confirmou quando o Supremo Tribunal Federal, um par de ano anos mais tarde, concluiu o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130 e declarou a Lei nº 5.250/67 não-recepcionada pela ordem constitucional de 1988.

Expungida do mundo jurídico a única e suposta fonte de referências para se definir materiais impressos, distribuídos gratuitamente nas ruas da Metrópole, como “jornais ou periódicos”, a Administração Pública municipal teve de se fiar no bom discernimento de seus servidores competentes para a fiscalização e exercício do poder de polícia, os agentes videntes das Subprefeituras, para apartar o joio publicitário do trigo informativo, punindo a distribuição daquele, tolerando a deste⁴.

Consultada, a Procuradoria Geral do Município observou que sequer a finada “Lei de Imprensa” trazia critérios objetivos para tal finalidade. Orientou a então Secretaria de Coordenação das Subprefeituras a levar em consideração “a proporção entre a quantidade de matérias jornalísticas vis-à-vis a de publicidade veiculada”, ou seja, o mesmo limite que vigorou por apenas dois meses na redação original do art. 26, § 2º, de no máximo 20% de conteúdo propagandístico (PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO, 2011, 2016).

3 A litigância dos panfletos

Se parecia pacificada a dúvida e inabalada a segurança jurídica resultante por uma ou outra ação ajuizada em face das

⁴O único Decreto a regulamentar o art. 26 da Lei nº 14.517/07 é recente, nº 59.172, de 13 de janeiro de 2020, porém limitado a definir a reincidência, para fins de aplicação da multa agravada, bem como a prever que apenas um infrator será punido, a fim de não se atuar mais de um beneficiário ou responsável pelo mesmo material.

multas (cominadas em R\$ 5.000,00 para o beneficiário da publicidade), a panfletagem mal camuflada como legítima manifestação da imprensa livre ressurgiu com força na arena judicial, já nos idos de 2017, quando a proibição aniversariava sua primeira década.

Esse ressurgimento veio com rótulo sofisticado e ares de inovação. *Custom publishing* (publicações customizadas), por exemplo, foi o nome escolhido para descrever o tipo de serviço que a empresa "Shelter Editora" oferece aos anunciantes. Por meio desse serviço, a empresa promete jornal direcionado ao setor imobiliário, distribuído em vias públicas, explorando a "microrregionalização" do marketing, como estratégia de negócio. Ou seja, o "jornal" repleto de anúncios de empreendimentos imobiliários funciona melhor se distribuído em regiões próximas a estes.

As edições desse de panfleto seguem um modelo. Começam por enaltecer determinada região da cidade, normalmente uma região que está com o mercado imobiliário aquecido, em razão, sobretudo, das políticas urbanas de zoneamento. A "reportagem de capa" traz a lume as qualidades daquele bairro, aponta para sua mobilidade e infraestrutura, menciona as estações de metrô mais próximas e, em seguida, elenca as atrações locais de lazer e gastronomia.

Depois, vêm "matérias" sobre decoração de interiores e dicas de utensílios domésticos, sempre mescladas com outras "reportagens" sobre saúde e estilo de vida (prática de ioga, animais de estimação, redes sociais). Todo o conteúdo disponibilizado até esse momento já foi suficiente para, no inconsciente do desatento leitor, rememorar a lembrança de seus sonhos e reativar as ambições por uma vida mais saudável e confortável.

Entremeado a essas matérias está o anúncio, de página inteira, sobre um específico empreendimento imobiliário residencial, situado no mesmo bairro que se enaltecia páginas antes, apontando-se as comodidades oferecidas e as condições de financiamento. Explicam-se, aí, todas aquelas "reportagens" que vieram antes: o objetivo era apenas anunciar o novo imóvel, oferecido pela construtora patrocinadora do material.

Se um jornal envolve a publicação periódica de notícias e informações sobre fatos, nas publicações como a descrita acima o conteúdo jornalístico é zero. Não obstante, é com o título de "jornal" que são distribuídas aos transeuntes e condutores de

automóveis pelos cruzamentos da cidade, praças e outros bens de uso comum do povo.

Os fiscais das Subprefeituras percebem do que se trata e aplicam multas não só contra a editora, mas também contra a construtora anunciante, beneficiária da publicidade. Em reação, as empresas litigam repetitivamente perante os Juízos de Fazenda Pública da Capital e as Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP). Discutem o enquadramento dos materiais impressos, sempre sob o fundamento de que têm a natureza de jornais. Cumulam pedidos anulatórios das penalidades com o de condenação do Município a se abster de fiscalizar.

Mas a facilidade com que o “homem-médio” desmascararia a tentativa não é parâmetro para a sutileza do efeito, em juízo, da argumentação impregnada de apelo às liberdades tão arduamente conquistadas com o advento do Estado Democrático de Direito, e de evocação do tenebroso passado de ingerência autoritária sobre o conteúdo das publicações.

Na litigância dos panfletos, a jurisprudência que tem se formado não é pacífica, evidenciando o clamor do *argumentum ad censura*. Dos sessenta e dois casos julgados em grau de apelação até 24 de setembro de 2020, em trinta, as Câmaras de Direito Público mantiveram a validade das multas e, não raro, teceram considerações enfáticas sobre o caráter manifestamente publicitário dos materiais. Em trinta e dois casos, invalidaram a penalidade, dos quais, em dez, rejeitaram impedir o Município de continuar fiscalizando e atuando⁵.

Motivam-se as decisões favoráveis às empresas em interpretação que é restritiva do art. 26, *caput*, mas ampliativa do § 2º, em vista das liberdades fundamentais tidas como em jogo (arts. 5º, IX; 220, § 6º da Constituição Federal). É dizer, o benefício da dúvida, quando provocada ainda que em grau mínimo pelo enxerto de conteúdo pretensamente informativo, junto ao explicitamente propagandístico, deve favorecer à circulação dos impressos.

⁵ Levantamento de julgados feito com base em pesquisa no sistema de gerenciamento de processos da Procuradoria Geral do Município, mediante consulta pelo nome das empresas que se sabem litigantes, seguida de consulta por número de autos ao portal *e-Saj* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para verificação da existência de acórdão em grau de Apelação.

A maioria de acórdãos no sentido de que os materiais têm cariz jornalístico não reflete o posicionamento da maioria das Câmaras. De apenas três delas (2^a, 4^a e 11^a)⁶ provêm vinte e nove dos trinta e dois julgados. Oito das treze Câmaras competentes (1^a, 5^a, 6^a, 8^a, 9^a, 10^a, 12^a e 13^a) têm reconhecido, invariavelmente, a natureza publicitária. Pendem de julgamento pelo Tribunal trinta e sete Apelações e tramitam em 1^o grau cinquenta e sete casos.

O Município tentou obter a uniformização da jurisprudência e a definição de norte seguro para a fiscalização e a sociedade, movendo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Pediu a fixação dos critérios para a definição do que se poderia erigir como jornal ou periódico, e do que caracteriza folheto, panfleto ou veiculação de mensagens publicitárias. A Turma Especial da Seção de Direito Público acabou não admitindo o pedido, com espeque no art. 976, I do Código de Processo Civil. Entendeu, por maioria, necessário o exame caso a caso dos materiais apreendidos (SÃO PAULO, 2019a).

Assim, enquanto a Procuradoria Geral do Município, em seus pareceres, recomendou à Administração Pública a adoção de um critério uniforme, ao definir patamar de conteúdo mínimo para que se possa tratar determinado impresso como "jornal", o julgado optou por deixar à casuística se determinado material é panfleto ou jornal. Perdia-se aí a chance de se trazer balizas mais objetivas, aptas a ajudar o aplicador do Direito.

4 Os limites à atuação administrativa

O debate prossegue na esfera da responsabilidade administrativa, cujos contornos, mais rigorosos do que os da

⁶ A 4^a Câmara de Direito Público vem declarando inconstitucional o art. 26 da Lei nº 14.517/07, sem deflagrar o incidente previsto nos arts. 948 a 950 do Código de Processo Civil, por aplicar precedente do Órgão Especial sobre lei do Município de São Caetano do Sul (nº 4.831/09). Percebe-se, contudo, que a distinção entre as normas e casos é de rigor. A lei do Município de São Caetano do Sul proibia a circulação de qualquer material impresso, "*exceção feita aos anúncios de finalidade institucional de interesse público*", e subordina aqueles de natureza jornalística a autorização de órgão administrativo. A lei paulistana não restringe de modo desproporcional a livre iniciativa da atividade publicitária, nem interfere com a liberdade de imprensa, o que torna sua declaração de inconstitucionalidade, sem a respectiva arguição ao Órgão Especial, contrária à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal).

responsabilidade civil, terminam por se revelar propícios ao jogo de dúvidas, garantias e traumas a que se assiste na litigância dos panfletos. Com efeito, para a aplicação da sanção administrativa, o princípio da tipicidade exige a correspondência em plenitude entre a conduta e os elementos descritivos e normativos da regra da proibição. Esse percurso subsuntivo é ladeado por desvios e entremeado por obstáculos que os direitos e garantias fundamentais antepõem, conformando o exercício do poder punitivo estatal em todas as suas manifestações.

No campo da manifestação do pensamento, diversidade de opiniões, difusão de informações e do conhecimento, qualquer forma de intervenção pelo legislador se depara com o olhar crítico do controle jurisdicional, que termina por situá-la como apenas admissível no momento pós-expressão. É rejeitada a censura prévia e franqueada aos interesses contrapostos, em regra, apenas a tutela ressarcitória ou reparatória do dano já consumado (art. 5º, IV e V da Lei Maior), salvo casos excepcionais de perigo de lesão irreparável a consentir com a tutela inibitória ou de remoção do ilícito (BRASIL, 2015)⁷.

É nesse contexto que as empresas atuadas pelas Subprefeituras paulistanas astutamente têm logrado travar o debate, ao menos perante algumas das Câmaras de Direito Público do TJ-SP. Os precedentes em sentido desfavorável à atuação do Município apontam, em unísono, para a inadmissibilidade de exegese redutora do reconhecimento dos materiais impressos como jornais ou periódicos. Vem servindo tal interpretação de premissa maior, ao passo que a premissa menor repousa no entendimento, mais controverso, de que a presença de “mensagens não-exclusivamente publicitárias” assegura o afastamento da proibição (SÃO PAULO, 2019b).

Os abusos na atuação do Direito Administrativo Sancionador, comuns no período entre 1964 e 1985, motivaram

⁷ ADI nº 4.815/DF “[...] A Carta de 88 incorporou um sistema de proteção reforçado às liberdades de expressão, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade *prima facie* destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade. Tal posição de preferência – *preferred position* – foi consagrada originariamente pela Suprema Corte norte-americana, que assentou que ela “confere a estas liberdades uma santidade e uma autoridade que não admitem intrusões dúbias. [...] Apenas os abusos mais graves, que coloquem em risco interesses supremos, dão espaço a limitações admissíveis”. Referida doutrina tem sido admitida no direito brasileiro e já foi adotada em diversos precedentes deste Supremo Tribunal Federal, como a ADPF 130 e a ADPF 1873”.

seu redesenho (GROTTI e OLIVEIRA, 2020) e aumentaram a sensibilidade do Poder Judiciário à argumentação apelativa às liberdades públicas. No caso dos panfletos em São Paulo, porém, as amarras ao poder de polícia estão a constranger não o árbitro, e sim o bem-estar da cidade.

5 A panfletagem desnudada: abuso de direito à atividade econômica

Centrado, portanto, na leitura restritiva da competência do Município para a disciplina da utilização dos bens públicos, quando em colisão com as liberdades associadas à imprensa e estendidas à publicidade, o debate vem passando ao largo dos interesses cuja promoção inspirou a norma municipal.

A tutela do meio ambiente urbano em variados matizes como a ordenação da paisagem, o combate à poluição visual e por resíduos sólidos, pode não estar a receber, através das multas e do controle jurisdicional de sua aplicação, o tratamento adequado à efetividade que reclama. Isto malgrado também o sistema de responsabilização administrativa, com suas infrações e sanções, destinar-se à concretização do interesse público, difuso, sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado, em todas as suas acepções.

É preciso, portanto, perfilhar-se nova senda para o enfrentamento do problema, onde se contrabalancem mais justamente os interesses em conflito e se possa vislumbrar, sem o turvo que a evocação à tirania deitou sobre a esfera administrativa, o verdadeiro caráter da conduta imputada às empresas de panfletagem e suas clientes: a de abuso de direito.

Trata-se de categoria jurídica autônoma, decorrente de ampliação do conceito do ato ilícito e marcada pela reiteração da conduta, irrefreada pela perspectiva da multa, porque enfraquecida. Prescinde-se, para sua configuração, da existência ou comprovação de dano material, culpa ou dolo, da interpretação da regra proibitiva e suas nuances.

5.1 A legitimidade da avaliação do conteúdo dos materiais pelo Poder Público

O dilema, de fato, tem nuances complexas. Mais que a contraposição entre liberdade de difusão da informação jornalística (CF, art. 220, §§ 1º e 6º) e proteção ao meio

ambiente urbano (art. 23, VI), há conflito também entre a liberdade de iniciativa (CF, arts. 1º, IV e 170, *caput*) e a proteção ao consumidor (CF, arts. 5º, XXXII e 170, inciso V). Para se submeter os panfletos rotulados de "jornal" ao teste do abuso de direito, cabem algumas premissas.

O primeiro ponto diz respeito justamente à possibilidade de a Administração Pública e o Poder Judiciário realizarem um crivo de conteúdo sobre publicações intituladas como "jornal". Como já pontuado, qualquer intromissão dos Poderes Públicos nessa seara é sempre mal vista.

Não há como se impedir esse crivo, todavia, sem se declarar a inconstitucionalidade do art. 26 da Lei n.º 14.517/2006. A infração ali disciplinada envolve conceitos jurídicos com relativo grau de indeterminação: *folhetos, panfletos, mensagens publicitárias, jornais, periódicos*. São conceitos que estão sujeitos a exegese, não se trata de juízo de discricionariedade da Administração. E nem sempre a caracterização de determinado material, dentro de algum desses conceitos, poderá ser facilmente definida.

Inegável, porém, é que a lei permite o exame, que passa tanto por questões de direito (o que é, juridicamente, um "jornal?"), como por questões de fato (o material apreendido pode ser caracterizado como um "jornal?"), abrindo-se à subjetividade.

No julgamento do IRDR proposto pelo Município, o TJ-SP teve a oportunidade de fechar pelo menos uma das janelas de subjetividade, trazendo definições mais concretas sobre como deveria ser feita a exegese da lei, e assim ajudar a sanar pelo menos uma das frentes do problema. No entanto, decidiu que a análise deve continuar a ser feita em cada caso concreto.

De todo modo, a decisão manteve incólume a legitimidade constitucional da norma proibitiva. A Administração Pública pode continuar a aplicar multas sempre que, conforme seus critérios, entender que ali está diante de material publicitário.

Há, diga-se de passagem, reconhecida tradição na jurisprudência alemã de os tribunais se autoconterem, deixando certas margens de livre apreciação à Administração. Essa tradição vem desde os anos 70, motivada especialmente por pressões de administrações municipais que estavam vendo sua autonomia funcional ser indevidamente tutelada por decisões judiciais. Ao longo do tempo, a margem de livre apreciação

passou a ser condicionada à observância de alguns limites (dever de motivação, efetiva capacidade técnica do órgão administrativo, participação dos interessados no processo decisório, grau de interferência em direitos fundamentais), mas ainda assim é reconhecida atualmente (KRELL, 2013).

No contexto atual, esse cenário de respeito, pelo Poder Judiciário, a certa margem de livre apreciação, ainda parece um tanto distante. E se veem problemas de motivação tanto nos atos da Administração, como ainda, muitas vezes, em decisões judiciais.

Contudo, na grande maioria dos casos atuados com fundamento no art. 26 da Lei 14.517/2007, o que se tem é a flagrante ausência de qualquer conteúdo jornalístico e informativo (apesar do título do material), de modo que não há qualquer possibilidade de os materiais serem realmente qualificados como "jornal".

Em um dos acórdãos, foi possível testemunhar a nobre tentativa de um dos Magistrados da Turma Julgadora de aplicar do conceito enciclopédico de jornalismo. Como não encontrou nada disso no material apreendido, entendeu que se tratava de publicidade, e disse mais: "não será o fato de um folheto, panfleto, folder, prospecto ou encarte eventualmente assumir a forma de tablóide, razão bastante para se dizer que se está diante de publicação jornalística" (SÃO PAULO, 2020a).

Apesar do esforço, o voto restou vencido. Os demais integrantes da Câmara conferiram maior peso às considerações de que o material foi distribuído como "jornal", por empresa do ramo de publicações, e registrado no Cartório de Títulos e Documentos. Nesse caso — e em muitos outros — a forma prevaleceu sobre o conteúdo.

Curiosamente, assim como a inclusão dos já mencionados textos curtos sobre bairro, gastronomia, exercícios físicos e quejandos (sempre em quantidade de linhas pouco superior a de um *thread* de postagens em redes sociais), o registro do material em cartório na forma dos da Lei de Registros Públicos (BRASIL, 1973, arts. 123 a 126) também serve de argumento de que o animal, embora pareça um cão, ladre e abane o rabo, é, na verdade, um gato.

Os dispositivos exigem que jornais sejam registrados com identificação detalhada dos responsáveis e dos endereços das redações, dentre outros dados, sob pena de multa e de se considerar "clandestina" a publicação. As empresas anunciantes

parecem não ter compreendido que o intuito dessas normas não foi outro senão o de criar restrições e condicionamentos adicionais à atividade jornalística. Aliás, os dispositivos da Lei de Registros Públicos que cuidam de jornais são quase cópia literal dos arts. 8º a 11 da Lei nº 5.250/67.

Além do registro obrigatório, o Estado brasileiro, em suas fases tirânicas, controlou o trabalho da imprensa escrita não-oficial também por meio indireto, induzindo a escassez de papel e insumos através de barreiras à importação (os veículos de comunicação dependiam de fornecedores estrangeiros) e tributação. A Constituição de 1946 garantiu a imunidade tributária, como o fez a Constituição de 1988 (art. 150, VI, *d*).

O Supremo Tribunal Federal, entre uma e outra, entendia que “a imunidade estabelecida na constituição é ampla, abrangendo os serviços prestados pela empresa jornalística na transmissão de anúncios e de propaganda” (BRASIL, 1978). Mas, em viragem jurisprudencial, passou a distinguir entre materiais publicitários e os jornais em que encartados. Decidiu que “não há de ser estendida a imunidade a veículos de comunicação escrita voltados a interesses propagandísticos, de exclusiva índole comercial, ainda que distribuídos em forma de encartes em jornais e periódicos” (BRASIL, 1999).

A informação circula em abundância e a publicidade refinou suas técnicas. O precedente da Suprema Corte brasileira pode e deve ser interpretado no sentido de que material publicitário não há de usufruir da liberdade praticamente irrestrita reconhecida aos jornais. Na publicidade, a informação se subordina à persuasão e ambas se mantêm em estado de potencial conflito, disciplinado pelo Direito (LOPEZ, 2008). No veículo de imprensa, é seu fim último. O critério prevalente, pois, na esteira dos julgados sobre a imunidade tributária, há de ser o do conteúdo. Supere-se a forma. O veículo em que está a mensagem deixa de ser relevante para sua identidade enquanto propaganda ou informação. O exame se faz caso a caso, mas não impede que se estabeleçam parâmetros, em abstrato, para o juízo de realidade.

5.2 Os direitos fundamentais também se sujeitam a limites

No entanto, mesmo que se considere, por ficção ou outro mecanismo jurídico, que as publicações em tela são efetivamente

"jornalísticas" e que a atuação do Município, ao lhes coibir a circulação, coloca em risco, de alguma forma, a liberdade de imprensa, há outro obstáculo interpretativo que não tem sido enfrentado com a devida atenção. A distribuição de anúncios publicitários, sob o rótulo de "jornal" e algum conteúdo informativo de extrema superficialidade, é conduta não passa no teste do abuso de direito.

O abuso de direito, previsto no art. 187 do Código Civil, é conceituado como categoria jurídica autônoma, que decorre da ampliação da noção de ato ilícito, a abarcar inclusive o exercício irregular de direitos (NERY JR.; NERY, 2003, p. 255). Ou seja, o ato é aparentemente lícito, mas foi exercido fora dos limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé objetiva ou pelos bons costumes.

Está ultrapassada a noção de que a teoria do abuso de direito é restrita ao Direito Civil (AGUIAR JR., 2012)⁸. Ela tem aplicação recorrente em Direito Processual, Direito do Trabalho e, sobretudo, em matéria de direitos difusos e coletivos. Há precedentes reconhecendo a prática de abuso de direito em relações de consumidores com bancos e planos de saúde (SÃO PAULO, 2020b, 2020c)⁹, assim como o abuso de direito por parte

⁸ Enunciado 414. "A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do direito".

⁹Apelação Cível nº 1000143-96.2019.8.26.0101 "Contratos de empréstimo pessoal – Descontos em conta corrente – Violação de direito – Limite – Observância – Reconhecimento – Abuso do direito de contratar (Código Civil artigo 187) – Violação do princípio da boa-fé (Código Civil artigo 113) – Reconhecimento – Dever de observância dos princípios da probidade e da confiança (Código Civil artigos 187 e 422) – Incontroversa cláusula contratual que autoriza o desconto em conta corrente da dívida – Reconhecimento – Circunstância especial facilitadora da concessão do crédito em condições de juros e prazos mais vantajosos para o mutuário e não confusão entre conta corrente e conta salário – Limitação inferior ao limite legal permitido – Impossibilidade – Peculiaridade do caso – Valor do débito que inviabiliza a liquidação mensal – Regra que implica a resolução do contrato pela insolvência do mutuário – Contratação forçada – Não reconhecimento – Precedentes do C. STJ (REsp nº 1586910/SP e REsp nº 1865230/SP) – Sentença reformada – Ação improcedente – Sucumbência exclusiva da autora. Recurso provido." Apelação Cível nº 1003968-76.2019.8.26.0318 "Com efeito, a negativa de cobertura explicitada causa situação de impotência, fere o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), vértice básico do dano moral, certo que a injusta recusa confere justa causa à fixação de indenização. Marque-se que a responsabilidade civil perante o consumidor é objetiva e solidária (Lei nº 9.656/98, c.c. arts. 7º, parágrafo único; art. 14, caput, e 25, § 1º, da Lei n. 8.078/90), o que, ordinária e necessariamente, provoca o descabimento da

de empresas que disponibilizam painéis de anúncios publicitários em detrimento do direito à paisagem (SÃO PAULO, 2015).

Não há dificuldade de transpor o raciocínio para o Direito Urbanístico e para o Direito Ambiental, até porque, no Brasil, busca-se a uniformização dos meios de defesa dos interesses difusos e coletivos, por meio da construção e do desenvolvimento de um microssistema de tutela desses direitos. Ao mesmo tempo, é preciso ter em conta que a teoria do abuso de direito, versada no plano dos direitos difusos e coletivos, terá íntima ligação com direitos fundamentais.

É possível, inclusive, falar especificamente em abuso de direito fundamental. Indo nessa linha, Marmelstein (2019) observa que, em diversas declarações de direitos pelo mundo afora, há expressa menção ao princípio da proibição de abuso de direito fundamental. Por essa linha de raciocínio, nenhum direito fundamental deve ser interpretado no sentido de autorizar a prática de atividades que visem à destruição de outros direitos ou liberdades — ou, em outras palavras, “o exercício de direitos fundamentais não pode ser abusivo a ponto de acobertar práticas ilícitas criminosas cometidas em detrimento de outros direitos fundamentais ou de valores constitucionais relevantes”.

A relatividade é, sabidamente, característica imanente aos direitos fundamentais. Não existem direitos absolutos nem mesmo a liberdade de difusão da informação jornalística. Então, se é certo que “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social” (BRASIL, 1988, art. 220, § 1º), a teoria do abuso de direitos fundamentais permite (mais que isso, exige) que se investigue, no plano material, se realmente se trata de informação jornalística.

Não se está a falar, evidentemente, de qualquer tipo de censura ou licença. Não há controle prévio pela Administração e sempre há a possibilidade de se discutir a penalidade perante o Poder Judiciário. Cada um tem ampla liberdade para distribuir o conteúdo que quiser. Se respeitar as normas vigentes, não sofrerá sanções. Além disso, é preciso ter em conta que a liberdade de informação jornalística é pilar da democracia, devendo ser respeitada na maior medida possível.

conduta da operadora de saúde. É caso de flagrante abuso de direito (art.187 do Cód. Civil), o qual deve funcionar como limite ao exercício do direito subjetivo da ré.”

Mas é preciso, também, considerar que existem abusos mesmo no exercício de direitos fundamentais, e a plena liberdade de informação jornalística, notadamente em virtude do alto grau de proteção constitucional, pode servir de escudo para esconder práticas nocivas a outros direitos fundamentais. O Direito, porém, não tolera esses abusos, e o intérprete deve saber como os coibir.

Pelo método da ponderação, desenvolvido por Alexy (1999), resolvem-se os conflitos entre direitos fundamentais por meio de sopesamento entre os bens jurídicos promovidos e os bens jurídicos restringidos, tomando-se em consideração o grau e a magnitude das promoções e das restrições. O resultado terá mais chances de ser acertado à medida que o processo de identificação das restrições e promoções aos bens jurídicos conflitantes seja mais bem sucedido.

Em socorro aos panfletos travestidos de jornal, vem a livre iniciativa (CF, arts. 1º, IV, e 170) e, na visão de parcela do Poder Judiciário, também a liberdade de informação jornalística (CF, art. 220, §§ 1º e 6º). A princípio, há fundamento, na Constituição, para que se defenda o desenvolvimento de atividade econômica consistente na veiculação de “conteúdo informativo customizado”, agregado a anúncios.

Mas não é menos certo que a livre iniciativa pode ser restringida pela conduta do Estado. Como conclui Martins (2015), “todo agir estatal repercute, em maior ou menor medida, no agir econômico, de modo que sempre que o Estado proíbe ou obriga um comportamento, reflexamente, ou seja, de modo indireto, interfere na atividade econômica”. A Lei Municipal 14.517/2007 é a restrição concreta ao exercício da atividade econômica em questão.

O exercício da livre iniciativa deve estar em harmonia com o respeito a outros direitos assegurados pela Constituição, notadamente o respeito ao consumidor e a proteção do meio ambiente (CF, art. 170, V e VI). São justamente esses bens jurídicos que são afetados pela distribuição da publicidade disfarçada com o formato de jornal.

Do ponto de vista do direito do consumidor, trata-se da conhecida “publicidade insidiosa”, que utiliza recursos de *marketing* perigosos para a coletividade (especialmente mensagens subliminares e imperceptíveis) e tem sido adotada por décadas, nos ramos dos cigarros, bebidas alcoólicas, refrigerantes e *fast food*, vinculando o produto anunciado a

situações como sucesso profissional, beleza, prazer e requinte. A prática tem sido cada vez mais rechaçada pela doutrina e jurisprudência do direito do consumidor, que postula a publicidade transparente, fiel e honesta (BRASIL, 1990, art. 36).

A publicidade redacional é espécie de publicidade oculta. Camufla-se no contexto informativo e usufrui da credibilidade editorial reservada às notícias. A apresentação é talhada para induzir o consumidor em erro sobre o autor ser jornalista, no exercício do *mister* (DIAS, 2010, p. 217). No caso dos panfletos imobiliários, a interpretação do conjunto desvela o propósito subjacente às mensagens supostamente informativas, demonstrando não serem, portanto, “desinteressadas”.

No subtexto, a intenção em enxertá-las é a de robustecer o conjunto, prender a atenção do consumidor, conduzindo à leitura das mensagens explicitamente promocionais e burlar a proibição legal vigente no Município. Na superfície, é a de levar a crer que são informações, a alma de um “jornal”, sendo a publicidade do empreendimento meramente acessória, destinada ao custeio da atividade de imprensa. Eis, aqui, argumento recorrente na litigância mais acima descrita. A presença dos anúncios, alega-se, é natural e salutar como fonte de receita que permite a circulação da informação.

Num olhar superficial, a preponderar a livre iniciativa a ponto de se confundir com a liberdade de informar, tolerar-se-á, por exemplo, a circulação de todo e qualquer material intitulado como jornal, contanto que registrado em cartório e publicado por pessoa jurídica que se anuncia como uma “Editora”.

Nem mesmo os mais radicais defensores da imprensa livre seriam capazes de admitir que a veiculação de material criminoso, como informações sobre pontos de venda de drogas ilícitas, manifestações de ódio contra minorias ou fotos de pedofilia, poderia ser legitimada pela atribuição de certo colorido jornalístico. Ninguém ousaria defender que a difusão de materiais com o propósito de viabilizar a prática de crimes poderia ser acobertada sob o manto da liberdade de informar.

É necessário, portanto, admitir que se faça uma análise concreta e atenta do conteúdo distribuído como informação jornalística, para que seja coarctada qualquer tentativa de abusar da liberdade fundamental. E quem fará essa análise, senão os Poderes constituídos? É legítimo que o Legislativo incumba a Administração Pública da tarefa, máxime quando o material for distribuído no espaço público, a fim de realizar o controle *a*

posteriori e impor penalidade ao verificar que não há ali nenhum conteúdo jornalístico (apesar do título de "jornal").

Ao mesmo tempo, não se pode desconsiderar o risco a outros direitos fundamentais. A distribuição de materiais impressos em logradouros urbanos – anacrônica na era da *internet* –, é conduta potencialmente poluente¹⁰. No conflito que se estabelece, é o meio ambiente urbano que tem seu âmbito de proteção vulnerado, diante da alta probabilidade de descarte do material impresso em vias públicas, com risco para a limpeza urbana e para o sistema de drenagem de águas pluviais.

Em se admitindo o controle, desde que posterior, a Administração deverá exercê-lo com respeito à plena liberdade de informação jornalística, adotando conceitos elásticos que restrinjam a intervenção aos casos em que vulnerado o meio ambiente urbano e evidente a falta de conteúdo informativo.

A lei municipal observa tais parâmetros. A panfletagem somente será ilícita se ocorrer em vias e logradouros públicos. Considerando que existem inúmeros espaços privados de convívio, estabelecimentos comerciais e estandes de venda, a limitação ao exercício do direito é meramente parcial. Ao mesmo tempo, não é feito controle prévio, não há censura, nem exigência de licença. Podem as empresas se valer de diversos outros meios para a divulgação de seus produtos e serviços, como as redes sociais, televisão, rádio e envio de materiais impressos por correio.

6 Os mecanismos para a defesa da coletividade em face da panfletagem

Do até aqui discutido, conclui-se que a panfletagem se apresenta como sistemática violação à norma proibitiva e se ampara em estratagema decomposto em três artifícios: (i) enxerto de conteúdo supostamente informativo; (ii) invocação da liberdade de imprensa; (iii) litigância repetitiva para obstar a fiscalização pelo Poder Público, inclusive com pedidos idênticos.

¹⁰ Estudos comprovam que a poluição visual é um dos mais graves males urbanos: além de causar distração e fadiga ocular, a poluição da paisagem pela difusão descontrolada de anúncios tende a causar problemas sociais e políticos: ela diminui a diversidade de opiniões e acarreta uma perda de identidade da comunidade (YILMAZ, 2011). Para além de tudo isso, pesquisas recentes sugerem que o excesso de apelos visuais de publicidade contribui para o aumento dos níveis de estresse (VASCONCELLOS, 2003).

Três também são os desdobramentos da prática. A uma, há desafio reiterado à tutela administrativa dos interesses difusos e coletivos, objeto último da proteção conferida pelo art. 26 da Lei nº 14.517/07 e, mediatamente, pelo microsistema formado pelo Estatuto da Cidade, o Plano Diretor e a Lei Cidade Limpa. A duas, configura ilícito civil, na modalidade abuso de direito ao exercício da livre iniciativa. Por fim, as dezenas de milhares de impressos têm potencial poluente significativo e vulneram interesses fundamentais da sociedade, caracterizando dano moral coletivo.

Cabe discorrer-se, brevemente, sobre os remédios disponíveis no ordenamento jurídico para o enfrentamento do problema por suas três dimensões.

6.1 Coibição ao reiterado desafio à norma proibitiva: a tutela inibitória

A conduta das empresas em distribuir material publicitário nas ruas, a despeito da proibição legal e do risco de degradação do meio ambiente, é reiterada e combina os aspectos abusivo e poluente, de modo a desafiar mais de uma tutela para se fazer valer o direito material.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a ação que tenha por objetivo se cominar *astreintes* a empresa que, de forma contumaz, viole proibição contida em norma protetora de interesses difusos, sem prejuízo da condenação a indenizar por danos materiais e morais coletivos. O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que a existência de sanção administrativa não exclui a imposição de medida coercitiva na esfera civil, como meio de assegurar o respeito aos mesmos interesses que o poder de polícia da Administração visa resguardar (BRASIL, 2020)¹¹.

¹¹AgInt no AREsp nº 1.413.621/MG "ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS DECORRENTES DE TRANSPORTE DE CARGAS COM EXCESSO DE PESO EM RODOVIAS FEDERAIS. RESPONSABILIDADE CONFIGURADA. INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS. DEVER DE REPARAR OS DANOS. FIXAÇÃO DE ASTREINTES EM CASO DE REINCIDÊNCIA NA PRÁTICA. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. (...) Saliente-se que a penalidade administrativa por infração à norma do art. 231, V, da Lei n. 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) não guarda identidade com a "tutela inibitória" veiculada em ação civil pública, em que se busca a cessação de flagrante e contumaz recalcitrância do réu em observar as exigências legais, fazendo-o por meio de multa pecuniária que incidirá em caso de eventual descumprimento da ordem

6.2 Abuso de direito: a tutela de remoção do ilícito

A cláusula geral do abuso de direito (art. 187 do Código Civil), inspirada no diploma congênere lusitano, adota a modalidade objetiva de caracterização, dispensando dolo ou culpa, bastando que o titular exerça seu direito subjetivo excedendo manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social, a boa-fé ou os bons costumes.

O Código de 2002 separou o ato ilícito (art. 186) da responsabilidade civil (art. 927), distinguindo-os pela essencialidade do dano enquanto requisito. Para a responsabilidade, o dano é inerente e define a extensão da indenização (art. 944). O ato ilícito pode se configurar, a seu turno, mesmo na ausência de repercussão patrimonial ou moral (LOPEZ, 2006). Assim, o ilícito civil prescinde do dano e o dano dispensa o ilícito, como nos casos de responsabilidade objetiva, por risco da atividade (art. 927, parágrafo único).

É sob o manto do ilícito que se encobre o abuso de direito. Porque ausente, via de regra, o dano, a tutela jurisdicional adequada será a da cessação do ilícito, pelo desfazimento do ato (LOPEZ, 2006, p. 116), ou a tutela inibitória de sua reiteração ou continuidade, nos moldes do que prevê o art. 497, parágrafo único do Código de Processo Civil (MARINONI, 2015, p. 323). O instrumento processual adequado para a coibição ao abuso do direito de publicitar será o da ação civil pública com pedido de cominação de multa por cada panfleto que for apreendido e medidas de tutela específica de remoção do ilícito, como a apreensão do material. É certo que a ação civil pública admite a cumulação também de pedidos de obrigação de fazer e reparar (BRASIL, 2018)¹².

6.3 Dano ambiental potencial, dano moral coletivo

Um dos elementos do meio ambiente urbano (FENSTERSEIFER, 2008, p. 164) é a paisagem, ordenada, no Município de São Paulo, pelo microsistema formado pelo

judicial. Além disso, em nada diverso do usual no regime de responsabilidade civil, impõe-se pagamento de competente indenização por danos materiais e morais coletivos causados.”

¹² “Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar”.

Estatuto da Cidade (art. 2º, XII), Plano Diretor Estratégico (Lei nº 16.050/14, notadamente em seus arts. 85 a 88), Lei Cidade Limpa (Lei nº 14.223/06) e Lei nº 14.517/07 (art. 26), além de uma plêiade de regramentos infralegais, como as Resoluções da Comissão de Proteção à Paisagem Urbana (CPPU). A articulação entre os objetivos e instrumentos previstos nesse arcabouço se orienta à valorização ambiental e cultural, assim como do bem-estar estético da população (FERRAZ JR., 2008).

Conquanto o meio ambiente urbano não se reduza à estética urbana, o resguardo desta o valorizará e independe, em si, do valor subjetivo que se atribua à cidade em beleza ou feiura, ou do apreço que se possa ter por certos fenômenos que a deturpam, como as pichações (MANCUSO, 1992), ou possam deturpá-la, como os grafites (SÃO PAULO, 2020c). A proteção do direito aos componentes apreensíveis pela visão, no espaço urbano, estende-se ao que “constitui o efeito visual das ruas, prédios, jardins e demais componentes das cidades, assim como sua integração” (GRANZIERA, 2014).

Neste sentido, condutas que vulnerarem o meio ambiente urbano se sujeitam à tríplice responsabilidade que abarca as esferas penal, administrativa e civil, autônomas entre si (BRASIL, 1988, art. 225, § 3º). A definição legal de poluição, aliás, engloba atividades que, direta ou indiretamente, afetem as *condições estéticas* do meio ambiente (BRASIL, 1981, art. 3º, III, d).

A panfletagem tem efeito de degradação variado. Além de causar poluição visual ou estética, dá ensejo ao descarte inadequado de resíduos sólidos em vias e logradouros públicos. Diante do dano, ainda que potencial, a caracterização do ilícito administrativo é dispensável. Mesmo se empreendimento for regularmente licenciado, por exemplo, não se exime o agente de reparar eventual lesão que dela decorra (BRASIL, 2013).

O predicado da autonomia entre as esferas coloca em evidência a da responsabilidade civil ambiental, mais conhecida por aquilo que dispensa (dolo ou culpa) e não admite como excludentes (caso fortuito, força maior e fato de terceiro), do que por aquilo que requer (nexo de causalidade entre conduta e dano). Assim, à responsabilização civil das empresas, são, em princípio, inoponíveis o enxerto de “mensagens não-exclusivamente publicitárias” nos panfletos e a alegação de natureza jornalística.

Importa, isto sim, o perigo de dano, dispensando-se a configuração efetiva. Quando os panfletos são jogados na rua

como lixo, a materialidade é passível de quantificação. Cada “edição” dos materiais impressos chega a dezenas de milhares de “exemplares”¹³, permitindo-se antever o volume potencial de resíduos gerados.

A processualização dos princípios jurídico-ambientais do poluidor pagador e da reparação integral, através dos mecanismos de tutela do interesse difuso e de técnicas como a inversão do ônus da prova, transfere à empresa de publicidade e às suas clientes o encargo de comprovar o descarte adequado dos materiais que disseminam, bem como o encargo argumentativo robusto de superação do dano moral coletivo, por sua ocorrência *in re ipsa* (MIRRA, 2019, p. 50), no livre convencimento do órgão julgador.

A experiência com os chamados “santinhos” e outros materiais impressos de campanha eleitoral bem o demonstra (SÃO PAULO, 2019c)¹⁴. É possível quantificar a indenização por

¹³C.f. cópias anexadas ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2233466-06.2019.8.26.0000 (SÃO PAULO, 2019a). Ementa: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS IRDR FASE DE ADMISSIBILIDADE PROIBIÇÃO DE DISTRIBUIÇÃO DE FOLHETOS E PANFLETOS EM VIAS PÚBLICAS EXCEÇÃO A JORNAIS E PERIÓDICOS SUBSUNÇÃO DO MATERIAL DISTRIBUÍDO À EXCEÇÃO LEGAL QUESTÃO QUE NÃO É UNICAMENTE DE DIREITO AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. 1. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, caput, CPC). 2. Discussão sobre a qualificação jurídica do material distribuído em via pública: se jornal, cuja distribuição é permitida, ou panfleto publicitário, proibido. Solução da controvérsia que passa pela análise prévia de conteúdo do material distribuído. Questão que não é unicamente de direito. Ausência dos requisitos legais. Incidente não admitido”.

¹⁴Apelação Cível nº 3002046-62.2013.8.26.0063 “APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Dano ambiental causado pelo acúmulo de panfletos de propaganda eleitoral. Não configurado o cerceamento de defesa. Desnecessária a prova testemunhal e pericial solicitadas. O direito ambiental se ampara na idéia de prevenção e precaução, sendo inexigível a efetivação de dano ao meio ambiente natural ou artificial para a atuação em defesa da sociedade. Adoção do conceito de responsabilidade compartilhada, por analogia. O poluidor direto e indireto são responsáveis no âmbito civil, desde que presente o nexo causal entre o ato e o dano, o que se demonstrou. Incidência dos artigos 225, § 3º, da Constituição Federal, artigos 3º, inciso IV, c.c. artigo 14, § 1º, ambos da Lei nº 6.938/81 e artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, em interpretação com o princípio do poluidor pagador. O dano ambiental independe de ato ilícito, daí porque não se avalia, nestes autos, se a propaganda foi regular ou não. Presente o nexo causal, a procedência da ação civil é mantida. REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGA-SE PROVIMENTO AOS APELOS”

amostragem, tomando-se, por exemplo, o número de logradouros onde encontrados. Ademais, basta a perspectiva do dano para a imposição do dever de não agir, corolário da prevenção em matéria ambiental. O potencial de descarte inadequado, notório, afasta alegações de ruptura do nexo de causalidade pela entrega dos materiais ao público-alvo. Sequer a disponibilidade do serviço público de varrição elide a responsabilidade, por não mitigar o caráter lesivo da conduta.

Neste sentido, o sistema de responsabilidade compartilhada e pós-consumo do fabricante pela destinação adequada dos produtos e embalagens oferece possibilidade de aplicação. O Superior Tribunal de Justiça confirmou condenação de empresa de refrigerantes por embalagens encontradas no meio ambiente urbano de pequena cidade (BRASIL, 2014)¹⁵.

A aproximação entre as embalagens e os panfletos pode ser feita pelo viés do potencial poluidor, com a notas adicionais de que há menos sujeitos na cadeia de consumo, a vida útil dos materiais publicitários é menor, sendo vocacionados ao descarte instantâneo, e não se destinam a armazenar um bem de consumo. Se, no caso das embalagens, cuida-se de obrigar o fornecedor a gerenciar o resíduo gerado como consequência inevitável do consumo do produto, no dos panfletos se trata de coibir prática evitável de publicidade poluente.

Já no que concerne à poluição visual ou degradação da paisagem urbana, os panfletos, diferentemente dos anúncios publicitários como placas, cartazes e letreiros, que se instalam no espaço privado e se projetam ao campo visual do público, vicejam diretamente no espaço onde o cidadão circula. O efeito pode não ser o de obstruir a visão das fachadas e do espaço

¹⁵ Recurso Especial nº 684.753/PR "DIREITO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO DE MEIO AMBIENTE. GARRAFAS "PET". ABANDONO EM LOGRADOUROS PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE PÓS-CONSUMO. DANOS AMBIENTAIS. OBRIGAÇÃO DE FAZER DA RÉ, FABRICANTE DE REFRIGERANTE. 1. Condenada a ré em obrigação de fazer requerida na petição inicial, falta-lhe interesse recursal para se insurgir contra a parte subsequente da condenação, na qual o Tribunal de origem permitiu-lhe, "facultativamente", satisfazer a referida obrigação de fazer de uma outra forma, diversa da postulada na inicial, evidentemente se à própria ré for mais benéfica ou de mais fácil satisfação. 2. Acolhida a pretensão relativa à obrigação de fazer, consubstanciada em campanha publicitária sobre o recolhimento e troca das garrafas "PET", não caracteriza julgamento extra ou ultra petita a definição dos contornos e da forma pela qual a referida obrigação deverá ser cumprida com eficácia, antecipando a solução de um tema que geraria discussões na fase de execução, ou seja, de como plenamente cumprir a campanha publicitária. [...]"

aéreo, mas é o de conspurcar a apreciação estética o sentimento de bem-estar nos bens de uso comum do povo por excelência, que são as ruas e calçadas, poluídas pelo material descartado.

Dado o impacto sobre a percepção da coletividade acerca dos elementos que compõem o ambiente onde vive, circula, trabalha e se diverte, o dano ambiental e urbanístico não se esgota no dano material, de difícil quantificação, dada a natureza *intangível* e extrapatrimonial do bem jurídico. Perfaz-se, em seu lugar, o dano moral coletivo. Ensina Mirra (2019, p.51) que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça agasalha concepção ampla de dano moral ambiental, indo além da indignação ou repulsa que a conduta acarreta, para abranger o decréscimo na qualidade de vida da coletividade indeterminada de pessoas, em decorrência da diminuição de valor do patrimônio ambiental e paisagístico.

7 Conclusão

A livre circulação da informação reflete a maturidade do processo civilizatório de um povo e é condição necessária para que se mantenha em evolução ou supere retrocessos. No Brasil, a despeito do frescor da memória, vai longe o tempo em que o Estado se antepunha entre o emissor do discurso informativo e seus destinatários. A imprensa hoje atua indene das peias da censura prévia e da tributação de seus insumos, medindo-se sua ampla liberdade pela correspondente responsabilidade que tem pelo conteúdo de suas publicações. Tem, inclusive, franqueado o acesso ao espaço público, fórum mais nobre à expressão do pensamento e ao confronto entre ideias.

Como o fenômeno das *fake news* bem demonstra, não adianta assegurar que a informação se propague, se houver usurpação de sua forma por conteúdo de propósito diametralmente oposto ao informativo. A preocupação com a substância é essencial à garantia e tem em vista o verdadeiro titular do interesse na proteção do veículo da comunicação: a coletividade.

A estratégia comercial adotada por parte do setor da construção civil de praticar publicidade de lançamentos por meio da distribuição de materiais impressos em vias públicas é vedada,

no Município de São Paulo, pelo art. 26 da Lei nº 14.517/07. Pretende-se conferir roupagem lícita à conduta mediante o enxerto das mensagens supostamente desinteressadas, para induzir confusão nos Poderes Públicos, seguida da litigância repetitiva em face das multas, com invocação das garantias reservadas à imprensa e evocação do fantasma autoritário da censura.

O Poder Público, através de seus agentes, tem competência para a avaliação do conteúdo dos panfletos, distinguindo-os, como joio publicitário, do trigo informativo próprio dos jornais e periódicos. A norma proibitiva e sua exceção (art. 26, § 2º) contém elementos normativos abertos que não impõem condicionamento aos veículos de informação.

Do ponto de vista do Direito Ambiental e Urbanístico, a prática reúne os atributos de ilicitude e responsabilidade, nas esferas administrativa e civil, desdobrando-se em três aspectos, a saber, o de sistemática afronta à ordem jurídica, abuso de direito e poluição do meio ambiente urbano. A existência e a comprovação do dano são dispensáveis. A panfletagem, devido ao alto potencial de poluir, colide com o princípio da prevenção, podendo ser coibida mesmo antes de a degradação se consumir. O princípio do poluidor-pagador, a seu turno, impõe às empresas, em juízo, o ônus de comprovar a inexistência do fato.

Insuficiente o poder de polícia administrativo para a coibição da conduta, em razão do estratagema que a encobre, põem-se à disposição da coletividade, através dos legitimados para o exercício do direito de ação civil pública, as tutelas inibitória, de remoção do ilícito e ressarcitória. A primeira se efetiva pela cominação de multa coercitiva em caso de reiteração; a segunda, pela obrigação de se retirar todo o material de vias públicas; a terceira, pela quantificação do dano causado pelo descarte irregular e pela indenização por dano moral coletivo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Rui Rosado de (org). **V Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2012, p. 70.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito**

democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, pp. 67-79, jul. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 28 Set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.362.456/MS,** Segunda Turma. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 20 de junho de 2013. In: Diário de Justiça Eletrônico do STJ, 28/06/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 684.753/PR.** Quarta Turma. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 4 de fevereiro de 2014. In: Diário de Justiça Eletrônico do STJ, 18/08/2014, p.1935.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp nº 1.413.621/MG.** 2ª Turma. Rel. Ministro Francisco Falcão, julgado em 6 de maio de 2020. In: Diário de Justiça Eletrônico do STJ, 11/05/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 629 do STJ**. Primeira Seção, julgado em 12 de dezembro de 2018. In: Diário de Justiça Eletrônico do STJ, 17/12/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI nº 799.690 AgR/SP**. Relatora: Min. ROSA WEBER, julgado em 10 de dezembro de 2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5118764>> Acesso em: <29.set.2020>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.815/DF**. Trecho do voto do Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 10 de junho de 2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 87.049**. Rel. Min. Xavier de Albuquerque, julgado em 13 de abril de 1978. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=181029>> Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 213.094/ES**. Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 22 de junho de 1999. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=244565>>.

Acesso em: 29 set. 2020.

DIAS, Lucia Ancona Lopes Magalhães, **Crítérios para avaliação da ilicitude na publicidade**, Tese de Doutorado, Universidade de Direito de São Paulo (USP), 2010.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Do tombamento na ordenação da publicidade na paisagem urbana – Reflexões em torno**

da Lei Municipal nº 14.223/06, que dispõe sobre a ordenação dos elementos que compõem a paisagem urbana no Município de São Paulo. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 10, n. 49, maio 2008.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades.** Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, pp. 83-126, mar./abr. 2020.

KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados — Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos.** 2ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013. pp. 54-58.

LOPEZ, Teresa Ancona. 2006. **Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo.** Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 101 (janeiro), pp.111-52.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco.** São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 117.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Aspectos jurídicos da chamada "pichação" e sobre a utilização da ação civil pública para tutela do interesse difuso à proteção da estética urbana.** Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 87, pp.155-181

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015).** Revista de Processo. v. 245. pp. 313-329. São Paulo: Ed. RT, jul. 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 8ª ed. São Paulo, Atlas, 2019. p. 424.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria Jurídica da Liberdade.** São Paulo, Contraconcorrente, 2015. p. 176.

MIRRA, Alvaro Luiz Valery. **Responsabilidade civil ambiental e a jurisprudência do STJ**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 20, nº 48, pp. 5-52, Março-Abril/2019.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO (São Paulo). **Informação nº 2.239/2011 – PGM.AJC, confirmada pela Informação nº 1.045/2016**. Proc. 2011-0.178.844-1.

SÃO PAULO. **Lei nº 14.223, de 26 de setembro de 2006**. Dispõe sobre a ordenação dos elementos que compõem a paisagem urbana do Município de São Paulo. São Paulo: Portal da Legislação Municipal. Disponível em: <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-14223-de-26-de-setembro-de-2006>>. Acesso em: 29 set. 2020.

SÃO PAULO. **Lei nº 14.517, de 16 de outubro de 2007**. Institui o Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas, cria a Companhia São Paulo de Parcerias - SPP e dá outras providências. São Paulo: Portal da Legislação Municipal. Disponível em <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-14517-de-16-de-outubro-de-2007>>. Acesso em: 29 set. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **ADI nº 9040807-65.2007.8.26.0000**. Rel. Ivan Sartori, 02 de julho de 2008. In: Diário da Justiça Eletrônico TJ-SP, 12/06/2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Incidente de Inconstitucionalidade nº 9301763-29.2008.8.26.0000**. Rel. Ivan Sartori, julgado em 30 de julho de 2008. In: Diário da Justiça Eletrônico TJ-SP.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível nº 0021894-96.2009.8.26.0590**, 13ª Câmara de Direito Público. Relator Des. Souza Meirelles, julgado em 25 de fevereiro de 2015. In: Diário da Justiça Eletrônico TJ-SP, 04/03/2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2233466-**

06.2019.8.26.0000. Turma Especial, Des. Rel. Décio Notarangeli, julgado em 29 de novembro de 2019. In: Diário da Justiça Eletrônico TJ-SP, 20/12/2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Agravo de Instrumento nº 270084-31.2019.8.26.0000**, 11ª Câmara de Direito Público. Trecho do voto do Relator, Des. Oscild de Lima Júnior, julgado em 7 de junho de 2019. In: Diário da Justiça Eletrônico TJ-SP, 07/06/2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível nº 3002046-62.2013.8.26.0063**. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavaleiro, julgado em 5 de setembro de 2019. In: Diário da Justiça Eletrônico TJ-SP, 11/09/2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível 1004302-32.2019.8.26.0053**. 7ª Câmara de Direito Público. Voto do Des. Luiz Sérgio Fernandes de Souza (vencido), julgado em 4 de junho de 2020. In: Diário da Justiça Eletrônico TJ-SP, 05/06/2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível nº 1000143-96.2019.8.26.0101**. 18ª Câmara de Direito Privado. Rel. Henrique Rodruigero Clavísio, julgado em 11 de setembro de 2020. In: Diário da Justiça Eletrônico TJ-SP, 11/09/2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível nº 1003968-76.2019.8.26.0318**. 7ª Câmara de Direito Privado. Trecho do voto do Relator Des. Rômolo Russo, julgado em 23 de setembro de 2020. In: Diário da Justiça Eletrônico TJ-SP, 23/09/2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível nº 1004533-30.2017.8.26.0053**. 6ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Maria Olivia Alves, julgado em 3 de agosto de 2020. In: Diário da Justiça Eletrônico TJ-SP, 05/08/2020.

VASCONCELLOS, Esdras Guerreiro (Coord.). **Stress, Saúde e Poluição Visual. Instituto Paulista de Stress,**

Psicossomática e Psiconeuroimunologia – IPSPP. São Paulo, 2003.

YLMAZ, Demet. **In the Context of Visual Pollution: Effects to Trabzon City Center Silhouette**. The Asian Social Science Journal. 7 (5): 99. ProQuest 86642056. May 2011