

Não-ocorrência de Dano Moral – Exercício do Poder de Polícia. Divulgação de Artigo pela Internet

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública da Capital

Autos n. 1307/053.06.129139-5
Rito Ordinário

O Estado de São Paulo, por sua procuradora que ao final subscreve, vem respeitosamente, nos autos do processo em que contende com Fabio de Oliveira Ribeiro, apresentar a sua contestação, conforme razões a seguir expostas:

1. Síntese da demanda

Trata-se de demanda proposta por advogado e escritor objetivando obter indenização por danos morais a ele impingidos em razão de alegado abuso de poder cometido por delegada do Grupo de Repressão e Análise a Delitos de Intolerância (GRADI), ao solicitar ao provedor de internet IG a suspensão de sua página eletrônica “revistacriacao.hpg.com.br”, em razão da denúncia de prática de racismo e de preconceito, com a divulgação de texto de sua lavra intitulado “Israel e o III Reich do século XXI”.

2. Dano moral – pedido genérico

O autor não deixa entrever o que entende devido a título de danos morais e nem mesmo o valor da causa reflete o bem jurídico perseguido, já que indica valor para efeitos fiscais; porque conhecedor de sua realidade deveria apontar o valor que entende condizente com a alegada dor moral sofrida.

Dispõe o artigo 286, 1ª parte, do Código de Processo Civil que “o pedido deve ser certo ou determinado”.

Na lição de Moacyr Amaral Santos, “certo, no sentido de expresso (Pontes de Miranda). Não se admite pedido tácito. Determinado – de *terminus*, limite – quer dizer definido ou delimitado em sua qualidade e quantidade. É preciso que o

autor manifeste expressamente pedido determinado, para que o juiz saiba precisamente qual seja e possa decidir” (*Primeiras linhas de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva. v. 2, p. 151).

A presente preliminar, é bom esclarecer, não confronta com a possibilidade legal de se deixar para a liquidação de sentença a verificação do *quantum debeat*, ou mesmo ao prudente arbitramento judicial.

A questão é outra, referente à efetiva condição que se deve propiciar à parte contrária de exercer o seu direito de contraditório e de ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da CF cc. os arts. 125, I e 128, do CPC), sem surpresas futuras sobre a exata dimensão do que o autor deseja alcançar com a propositura da demanda.

Ou seja, é ônus do autor da ação formular pedido e causa de pedir (arts. 282 do CPC), em relação aos quais a tutela jurisdicional estará vinculada. Os elementos identificadores da ação (os três *eadem*) devem rigorosamente constar na petição inicial.

Reforçando, a lição de Vicente Greco Filho:

“Finalmente, é de observar-se que os elementos da ação são todos identificados em face da petição inicial, onde estão obrigatoriamente descritos (v. art. 282); não se indaga, no caso, se eles estão ou não provados, o que, na verdade, inicialmente, é irrelevante.”¹

A possibilidade judicial de arbitrar o que seja razoável se mostrar a título de reparação de danos, o que se admite, não compatibiliza com essa forma aberta e genérica de formulação do pedido. O que não pode, repita-se, é que as ações indenizatórias transformem-se em verdadeiros títulos incertos e ilimitados, em que o réu da ação não verifique de plano a abrangência da lide e, portanto, o próprio interesse em discutir (o que equivale a contratar advogado) ou mesmo conciliar-se.

E o fato de constar o Poder Público no pólo passivo não exclui considerar que esse pedido genérico refoge à finalidade do processo – mediatamente pacificador de relações jurídicas –, na medida que o demandado é chamado a participar do processo sem nenhuma idéia do quanto poderá vir a ser condenado.

Flagrante, assim, a violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CF) que acarreta.

Acrescentem-se as recentes considerações sobre o assunto (subitem “9. Pedido genérico e dano moral”) de Carlos Alberto Carmona:

“Com efeito, o simples fato de não haver consenso na doutrina e na jurisprudência sobre a forma de indenizar o ofendido ou o simples fato de que o juiz terá

1 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, p. 92.

que trabalhar com elementos variáveis para apuração do valor da indenização não são suficientes para permitir um pedido genérico (...). Não tem sentido imaginar que caiba ao juiz arbitrar, a seu talante, qual o valor do dano moral: cabe ao autor dizer (e ao juiz conferir) que importância serviria para atenuar a dor do ofendido (...). É ônus do autor, portanto, montar a equação ‘possibilidade do ofensor, condição social do ofendido’ para apontar o valor finalmente devido. (...) Seja como for, não se pode enquadrar a espécie nos permissivos do artigo 286 do Código: não há, definitivamente, possibilidade de formular pedido genérico em sede de danos morais.” (Em torno da petição inicial. *Revista de Processo*, n. 119, p. 22-24).

Nos termos do artigo 267, inciso I cc. o artigo 286, 1ª parte, ambos do Código de Processo Civil, solicita-se a extinção do feito, sem julgamento do mérito.

3. Mérito

3.1

Os fatos narrados na exordial longe estão de configurar abuso de poder ou mesmo ato de censura e atentatório à liberdade de pensamento e expressão do autor.

A seriedade do assunto – prática de racismo, crime inafiançável e imprescritível, conforme artigo 5º, inciso XLII da Lei Maior – e o meio de divulgação empregado – *internet* – solicitavam da autoridade policial a quem dada a ciência do crime a pronta atuação, no sentido de reprimir a prática de incitação ao preconceito racial.

Conforme informação prestada pela Delegacia de Crimes Raciais e Delitos de Intolerância, no dia 20 de janeiro de 2005 foi instaurado o Inquérito Policial n. 2/2005 pelo Grupo de Repressão e Análise aos Delitos de Intolerância (GRADI), com a finalidade de apurar denúncia remetida por entidade judaica a respeito da página eletrônica <www.revistacriacao.hpg.ig.com.br> (subdiretório “israel”), na qual haveria texto em tese com conteúdo criminoso (art. 20 e §§ da Lei n. 7.716/89), ao comparar Israel aos nazistas.

A autoridade policial à época que presidia o inquérito informou ao provedor (Internet Group do Brasil Ltda. – IG) que hospedava a página eletrônica a denúncia recebida de ocorrência em tese do delito de preconceito racial, solicitando a remoção do referido texto, dado o seu alcance e disseminação na rede eletrônica virtual, impedindo-se assim a perpetuação do delito que, em tese, estaria sendo cometido.

“As investigações da polícia judiciária não passam de uma etapa da atividade repressiva do Estado, ‘uma fase primária da administração da justiça penal’

(Vélez Mariconde, *Estudios de derecho procesal penal*. p. 238).” (TACRIM – Apel n. 245.353, rel. Silva Franco).

A polícia de segurança (art. 144, CF), em contexto como o presente, acumularia as atividades próprias de polícia administrativa com a função repressora de delitos e de responsabilizar os infratores, através da *persecutio criminis*.

Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello:

“Injunções concretas, como as que exigem a dissolução de uma reunião subversiva, apreensão de edição de revista ou jornal que contenha noticiário ou reportagem sediciosa, imoral ou dissoluta, fechamento de estabelecimento comercial aberto sem a prévia obediência aos requisitos normativos, interdição de hotel utilizado para exploração de lenocínio, guinchamento de veículo que obstrua via pública são atos específicos de polícia administrativa praticados em obediência a preceitos legais e regulamentares.”²

Cumpra à Polícia Civil, no desempenho de suas funções institucionais, o combate, de ofício, ao crime, sob pena de prevaricação. A ação tendente a impedir a divulgação de texto que se afigura preconceituoso, dada a sua nocividade (art. 5º, inc. XLII, da CF), mostra-se lídima expressão do exercício regular do poder administrativo.

Nesse cenário, pertinente a observação do Ministro José Delgado:

“1. O ordenamento jurídico brasileiro está sendo convocado, na época contemporânea, a zelar e homenagear com o máximo de intensidade a ética nas relações do cidadão com a sociedade. Se ele tinha esse compromisso no passado, hoje o grau de envolvimento com tal procedimento apresenta-se mais intenso, em face dos dogmas de valorização da cidadania que estão postos na Carta Magna de 1988.” (STJ – RMS n. 15.593/MG, rel. Min. José Delgado, j. 06.05.2003).

O exercício do poder de polícia, que se destina a condicionar as atividades e direitos individuais em benefício da coletividade e dos valores fundamentais da dignidade humana, não padece da eiva de ilegalidade, como quer fazer crer o autor nesta demanda.

Nem se alegue a existência de prática de censura ou mesmo de ofensa ao devido processo legal com suas garantias constitucionais.

A atuação policial ocorreu dentro de sua esfera de atribuição e proporcional à espécie de crime que lhe foi noticiado. Sem dúvida o direito à liberdade de expressão e pensamento encontra balizas no próprio ordenamento constitucional e em normas de idêntica envergadura (art. 60, § 4º, inc. IV, da CF).

2 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 771.

Segundo Canotilho:

“O campo de eleição do princípio da concordância prática (ou da harmonização) tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.”³

Note-se, nesse contexto, que o primeiro artigo do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana dos Direitos Humanos), do qual o Brasil é signatário (art. 5º, § 2º da CF e Dec. n. 678, de 06.11.1992), estabelece como obrigação dos Estados-partes respeitar os direitos e liberdades, sem possibilidade de discriminação. E, quanto às pessoas, estabelece deveres de mesmo teor (art. 32), referente aos deveres de toda pessoa com a família, a comunidade e a humanidade e aos limites dos direitos de cada um pelos direitos dos demais, para a segurança de todas e pelas exigências do bem comum e da democracia. Ao tratar especificamente da liberdade de pensamento e expressão (art. 13), prevê os seus limites, como o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas. Vale dizer, conciliar a liberdade de um com a liberdade de todos.

No caso, a criação e hospedagem da página eletrônica do autor no provedor IG não passou por nenhum crivo prévio estatal, nem dependeu de nenhuma licença de qualquer autoridade (arts. 5º, IX e 220 da CF). Na medida que a expressão livre de seu pensamento estabelece ideologia discriminatória e perniciosas, podem, senão devem, agir as autoridades vinculadas com a perseguição e repressão ao crime (art. 4º e parágrafo único do CPP).

E, cuidando de inquérito policial, já é assenta na jurisprudência pátria a inexistência de caráter contraditório nesse procedimento, mas apenas investigatório dos fatos:

“Sendo a sindicância ou o inquérito simples procedimento de aferição da procedência ou não da notícia-crime, incabível reclamar contraditório de provas por conta do direito à ampla defesa. Recurso conhecido mas improvido.” (STJ – RHC n. 4.145-5, rel. Min. Edson Vidigal, RT 718/481).

“O inquérito policial tem a natureza de mero procedimento administrativo, em que inexistente o contraditório.” (TACRIM-SP – rel. Mathias Coltro, j. 10.04.1996, RT 732/627).

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.188.

O autor, além disso, caso de fato se considerasse vítima de abuso de poder da autoridade policial, teria ao seu dispor os remédios processuais heróicos, que não foram cogitados nem exercitados, até porque escolheu continuar difundindo as mesmas idéias, hospedadas em outros sítios eletrônicos, extraindo aparentes dividendos de sua pretensa posição de vítima.

3.2

Não bastasse tudo o quanto discorrido, importa ressaltar que a empresa Internet Group do Brasil Ltda. (IG), fundada em sua obrigação de verificar o conteúdo do texto que estava hospedado em seu *website*, adotou a medida de remover do sítio eletrônico a página integral do autor (e não somente o texto discriminatório). E isso ocorreu não somente em razão da notícia do crime em tese e da solicitação da autoridade policial da remoção do texto, mas porque, segundo o seu crivo, haveria a infringência por parte do autor das cláusulas contratadas (Contrato de Prestação de Serviços de Criação e Hospedagem de Página na Internet – *Website* – hpG – cláusula 5.1, item “g”) e da legislação pátria vigente, o que a autorizava a suspensão de sua página, sem prévia comunicação ao interessado (cláusula 7.1, itens “a”, “c” e “d”).

Portanto, mesmo havendo a solicitação da autoridade policial da remoção do texto do *website*, a conduta, de maior espectro, partiu da empresa contratada para criação e hospedagem da página eletrônica do autor, dada a configuração, no seu entender, do desrespeito aos termos do contrato firmado.

No tocante à conduta do provedor IG, de igual forma, não se pode afirmar a prática de censura, mas a estrita observância aos limites do contrato, utilizando-se de faculdades expressamente acordadas entre as partes.

Não podem passar incólumes os atos desumanos praticados na grande rede. Os limites positivados nos direitos humanos, albergados nas Constituições dos países que os reconhecem, como o Brasil, fundamentam os atos de exclusão ou proibição de acesso a páginas violadoras desses mesmos direitos.

A liberdade contratual e a livre iniciativa não são os valores únicos na ordem econômica e social vigente. O desenvolvimento social, a construção de uma sociedade justa e solidária, a redução de desigualdades sociais e a promoção do bem comum, sem preconceitos ou discriminações, são objetivos fundamentais de nossa República (art. 3º e incs.).

Nesse sentido, a previsão no Código Civil da função social do contrato (art. 421 do CC).

Segundo Humberto Theodoro Junior:

“O Estado social, porém, não se alheia aos problemas que o abuso da iniciativa contratual pode gerar no meio social em que os efeitos da convenção privada irão repercutir. Se algum dano indevido a terceiro ou à coletividade for detectado, a

autonomia contratual terá sido exercitada de forma injurídica. Não poderá o resultado danoso prevalecer. Ou o contrato será invalidado ou o contratante nocivo responderá pela reparação do prejuízo acarretado aos terceiros. De uma forma ou de outra, o contrato desviado de sua função social não ficará livre de uma sanção jurídica, pois sua prática incursiona pelo terreno da ilicitude.”⁴

Ainda dentro dessa ótica, prevê o artigo 422 do Código Civil o dever das partes contratantes agirem segundo os princípios da probidade e da boa-fé, esta considerada objetiva. E o artigo 187 do mesmo *Codex* reputa ilícito o ato de um direito que, ao exercê-lo, excede os limites impostos pelo seu fim social, pela boa-fé e os bons costumes.

Portanto, plenamente justificada a remoção da *home page* do autor operada pelo provedor da *internet*, seja por estrita observância ao contrato firmado, seja pela exata compreensão e dimensão das ordens constitucional e federal vigentes.

3.3

Escrever e divulgar textos que veiculem idéias preconceituosas e discriminatórias contra determinada raça ou povo constitui, sem dúvida, prática de racismo, em conduta ofensiva e discriminatória, no caso, ao judaísmo.

Inegável o preconceito e a comparação pejorativa entre a conduta do povo judeu na atualidade e a perpetrada pelos nazistas contra esse mesmo povo judeu. Equipará-los hoje aos nazistas, além de atentar contra a raça vítima do holocausto, incentiva e instiga a intolerância entre os povos, ao contrário do intuito pacifista que o autor alardeia.

Com aparência de seriedade, o autor desenvolve premissas totalmente falsas, sem nenhum rigor histórico ou mesmo de comprometimento com a verdade objetiva. Resta evidente, dada a própria superficialidade e generalidade da comparação, o intuito exclusivo de atacar e de depreciar o povo judeu, igualando, de forma insustentável, a vítima ao seu algoz.

Note-se que na sociedade contemporânea o nazismo representa o pior mal a ser debelado por todas as nações. Vide a respeito a publicidade anexa, referente ao Dia Mundial da Liberdade de Imprensa, 3 de maio, na qual é dito ser o “dia de alerta para que isso não volte a acontecer”, referindo-se a todos os ditadores do século passado, capitaneados, nas fotos, por Hitler.

Ora, a pretensão do autor, ao nivelar os judeus atuais aos nazistas de outrora equivale a perpetuar as mesmas táticas de inferiorização desse povo aos olhos da comunidade. Significa igualá-los ao que existe de pior.

4 THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 33.

Como dito por Alberto Liberman, diretor nacional de direitos humanos da B'nai B'rith do Brasil, em ofício dirigido à Polícia Civil, datado de 10.02.2005: “A técnica de mostrar o judeu como o que de pior há no mundo não é nova, é a base da falsificação denominada ‘Os protocolos dos sábios de Sião’, onde judeus são mostrados como os perversos, que querem dominar o mundo.”

Sobre o tema, merece consideração pronunciamento recente do Supremo Tribunal Federal:

“4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o Estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do país.

(...)

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrîmen* com acentuado conteúdo racista, reforçada pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.” (STF – HC n. 82.424/RS, rel. Min. Moreira Alves, rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, j. 17.09.2003).

3.4

Cumpra também ressaltar a inexistência de dano jurídico no caso em apreço.

Para que um dano seja indenizável, não basta que seja economicamente avaliável, é preciso que corresponda a uma *lesão a um direito ou situação juridicamente protegida da vítima*. Quem não fere direito alheio não tem por que indenizar. Ou, dito de outra forma: quem não sofreu um gravame em uma posição juridicamente protegida não pode postular indenização.

Trata-se de lição defendida por Renato Alessi, administrativista italiano. Alessi, em monografia clássica sobre a responsabilidade da Administração Pública, afirma que o dano indenizável deve: (a) representar um sacrifício verdadeiro e próprio (“*deve*

trattarsi di sacrificio vero e proprio”); (b) esse sacrifício deve recair sobre um direito (“*deve trattarsi di sacrificio di diritto*”); e (c) esse direito sacrificado deve ter-se originado de atos legítimos (“*deve trattarsi di sacrificio di diritti derivante da atti legittimi*”).⁵

Nesse mesmo sentido, Jean Rivero é bastante claro quando afirma que o dano só dá direito a reparação quando tiver por objeto uma situação juridicamente protegida⁶. Igualmente Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, que assim escrevem:

*“Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva: vid. por ejemplo, los Dictámenes del Consejo de Estado de 5 de abril de 1968 y 8 de julio de 1971, entre otros muchos). Como dijo con toda corrección la Sentencia de 27 de enero de 1971 y reiteró el Auto de 10 de febrero de 1972, la lesión supone un ‘perjuicio que no es antijurídico por la manera de producirse, sino porque el titular del bien o derecho lesionado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aun cuando el agente que lo ocasione obre dentro del marco de la licitud’.”*⁷

A doutrina pátria também abraça sem hesitações essas considerações. Celso Antônio Bandeira de Mello é preciso:

“(...) o dano assim considerado pelo Direito, o dano ensejador de responsabilidade, é mais que simples dano econômico. Pressupõe sua existência, mas reclama, além disso, que consista em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de um sujeito.

Não basta para caracterizá-lo [o dano indenizável] a mera deterioração patrimonial sofrida por alguém. Não é suficiente a simples subtração de um interesse ou de uma vantagem que alguém possa fruir, ainda que legitimamente. Importa que se trate de um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, reconhecendo-o como um direito do indivíduo.”⁸

5 ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1939. v. 1, p. 243 et seq.

6 “O dano só dá direito a reparação se apresentar certas características intrínsecas (...). 4º - O dano deve ter por objeto uma situação juridicamente protegida. É corrente na jurisprudência da Suprema Corte argentina a seguinte frase: ‘Aun cuando el administrado entienda haber sufrido un perjuicio directo y cierto, éste puede no ser reparable porque no resulta de una lesión a una situación jurídicamente protegida.’ (Suprema Corte da Argentina. Fallos, 318:1531. Transcrita em: José Luis Amadeo. *Responsabilidad del estado por actos lícitos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998. p. 15.” (RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Trad. R. Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 315).

7 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1993. v. 2, p. 371.

8 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 862-863.

Toshio Mukai, que posteriormente cita o próprio Bandeira de Mello, diz que “é indispensável, porém, que o dano corresponda à lesão de um direito da vítima”.⁹

Finalmente, para ficarmos apenas com alguns dos principais administrativistas que seguem essa linha, Almiro do Couto e Silva, professor da UFRS, assim se manifesta: “O dano deverá, finalmente, consistir na violação, restrição ou supressão de um direito subjetivo ou na contrariedade a interesse juridicamente protegido.”¹⁰

Precisamente a hipótese dos autos. *A ninguém é atribuído o direito de não se submeter às medidas da polícia administrativa quando regularmente impostas.* Malgrado o inegável peso que trazem à liberdade dos indivíduos, elas devem ser suportadas por todos.

Indenizar aquele que cometeu o delito de incitar ao racismo e, por isso, teve a sua página eletrônica retirada do ar, é o mesmo que indenizar aquele que teve sua residência regularmente objeto de busca e apreensão ou aquele que teve seus bens regularmente indisponibilizados. Em nenhuma dessas, e inúmeras outras situações, confere-se indenização. *Isso porque em nenhuma dessas há um dano propriamente jurídico a ser indenizado.* Pode até ter havido dano econômico, mas não dano jurídico, porque a ação estatal não atingiu a nenhuma posição juridicamente protegida.

Nesse sentido é a manifestação do Supremo Tribunal Federal no HC n. 82424/RS antes referido:

“O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra.”

Os tribunais já começam a reconhecer a importância dessa análise estrutural do dano para que seja indenizável. Assim por exemplo decidiu por unanimidade o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em apelação cível cujo relator, em passagens de seu extenso voto, tangencia a tese aqui esposada:

“O Estado, ao determinar o encarceramento de um cidadão ou o praqueamento de seus bens em benefício do credor, causa inegável incômodo ao cidadão atingido; mas o faz no exercício de prerrogativa sua, na defesa de direito garantido em lei (da coletividade na ação penal, do cidadão na ação privada), em atividade excluída do campo da responsabilidade civil e do artigo 37, parágrafo

9 MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 537.

10 SILVA, Almiro do Couto e. Responsabilidade extracontratual do estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 202, p. 30, out./dez. 1995.

6º citado, em conduta que não gera o dever de indenizar. Do mesmo modo, enfocando mais diretamente o caso concreto, a persecução penal (que invade a privacidade do cidadão e pode causar-lhe sofrimento, danos morais e materiais diversos etc.) é atividade lícita, típica do Estado, que tem por conteúdo jurídico intrínseco precisamente ingressar na esfera alheia (...). A persecução penal, redunde ela em condenação ou absolvição, não gera o dever de indenizar.” (TJSP – Apel n. 95.357-7, 7ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Torres de Carvalho, j. 05.03.2001, v.u.).

Isso não significa que a Constituição não proteja a liberdade dos indivíduos. Por óbvio protege, mas não a ponto de atribuir a cada um o direito de não se submeter às medidas cautelares e ao poder de polícia administrativo. Não havendo tal direito, inexistente posição juridicamente protegida. Inexiste, portanto, dano jurídico a ser indenizado.

3.5

Mesmo se assim não fosse, importa notar a inexistência do alegado dano moral, na medida que o autor imediatamente tomou providência para que sua *home page* voltasse a ser divulgada na *internet*, hospedando-a em outros provedores.

Pouco tempo após a instauração do inquérito, o autor transferiu a sua página eletrônica para o *site* <geocities.yahoo>. Também à época e até hoje difundido na *internet*, o autor comenta a sua versão sobre os fatos decorrentes do inquérito policial em questão, repetindo o inteiro teor daquele texto (*site* <forum.insite.com.br>).

Vale dizer, não obstante as medidas legais e legítimas tomadas pela autoridade policial e pelo primeiro provedor contratado, o autor continua a expressar livremente a sua opinião e pensamento, não se verificando, portanto, nenhum dano moral, dada a ineficácia daquelas medidas frente à conduta renitente do autor, ora revestida de flagrante vitimização.

A doutrina é unânime em afirmar a necessidade de que o dano indenizável deve ser certo e não meramente eventual (Caio Mário da Silva Pereira¹¹, Carlos

11 “Não se compadece com o pedido de reparação um prejuízo meramente eventual. No momento em que se tenha um prejuízo conhecido, ele fundamenta a ação de perdas e danos (...). A jurisprudência rejeita a ação de responsabilidade, se o dano de que a vítima se queixa é eventual. (...) Normalmente, a apuração da certeza vem ligada à atualidade. O que se exclui de reparação é o dano meramente hipotético, eventual ou conjuntural, isto é, aquele que pode não vir a concretizar-se.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 41).

Roberto Gonçalves¹², Toshio Mukai¹³, Almiro do Couto e Silva¹⁴, Lucia Valle Figueiredo¹⁵, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶, André de Laubadère, Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet¹⁷ e Juan Carlos Cassagne¹⁸).

Ademais, como bem advertiu o Superior Tribunal de Justiça, a indenização por dano moral não deve ser banalizada.¹⁹

A gravidade do dano – pondera Antunes Varela – há de medir-se por um padrão objetivo (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não à luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada). Por outro lado, a gravidade apreciar-se-á em função da tutela do direito: o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado.²⁰

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já teve a oportunidade de manifestar-se a respeito, nos seguintes termos:

“Não é demais enfatizar que a condenação do Estado recai sobre toda a cidadania, já angustiadas por uma das maiores cargas tributárias de todo o planeta. Condenar-se o Estado não é obrigar-se uma ficção a fazer surgir dinheiro sem origem ou sem dificuldade. Condenado o Estado, é o povo que reparte esse ônus, desviando-se verba que precisaria atender a outros intuitos para compensar os danos pleiteados.

12 “Também nenhuma indenização será devida se o dano não for ‘atual’ e ‘certo’. Isto porque nem todo dano é ressarcível, mas somente o que preencher os requisitos de certeza e atualidade. (...) O requisito da ‘certeza’ do dano afasta a possibilidade de reparação do dano meramente hipotético ou eventual, que poderá ou não se concretizar.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 392).

13 “Ademais, é necessário que o dano seja certo e não apenas eventual.” (MUKAI, Toshio, *Direito administrativo sistematizado*, cit., p. 538).

14 “Não é indenizável, pois, o dano eventual.” (SILVA, Almiro do Couto e, *Responsabilidade extracontratual do estado no direito brasileiro*, cit., p. 29).

15 FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 269.

16 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 856.

17 “*Le préjudice doit être certain. Est exclu par là le préjudice simplement possible et éventuel.*” (LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 15e éd. Paris: LGDJ, 1999. v. 1, p. 1.007).

18 “*La existencia de un daño o perjuicios en el patrimonio del administrado constituye un presupuesto esencial para determinar la responsabilidad del Estado. Ese daño necesita reunir ciertos caracteres: 1) puede ser actual o futuro, pero tiene que ser cierto, lo cual excluye los daños puramente eventuales.*” (CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 6 ed. Buenos Aires: Abelado-Perrot, 2000. v. 2, p. 287).

19 STJ – REsp n. 217.916/RJ, 4ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 24.10.2000.

20 ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 8. ed. Coimbra: Almedina. v. 2, p. 617.

Bem por isso, é de se atuar com parcimônia, exigível uma responsabilidade vistosa, escancarada, tangente da má-fé, antes de se ordenar que o povo se responsabilize inteiramente por um resultado que teve participação múltipla.” (TJSP – Apel n. 408.652.5/8, rel. Des. Renato Nalini, j. 26.09.2006).

Caso a ação seja julgada procedente, o que não se acredita, importa notar, por cautela, que para a reparação de danos morais, os nossos tribunais têm invocado o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, cuja não consideração importa vulnerar os termos dos artigos 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e 944 do Código Civil.

4. Conclusão

Diante do exposto, o Estado de São Paulo requer o acolhimento da preliminar de inépcia da petição inicial, ou então o julgamento pela total improcedência do pedido, incumbidos ao autor os ônus da sucumbência.

Protesta pela produção de todo o gênero de provas em direito admitido, notadamente o documental e testemunhal.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 3 de maio de 2007.

MARIA LUCIANA DE OLIVEIRA FACCHINA PODVAL
Procuradora do Estado

Processo n. 583.53.2006.129139-5

Sentença

Vistos.

Fabio de Oliveira Ribeiro moveu ação de indenização por danos morais em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, alegando, em síntese, que é advogado, bacharel em letras, escritor e editor da revista eletrônica intitulada Revista Criação, hospedada em página da rede de computadores <www.revista-criação.hpg.com.br>; na condição de escritor, utiliza da revista como extensão de sua personalidade, concretizando seus direitos de liberdade de expressão, criação e difusão de sua produção intelectual. No dia 27 de janeiro de 2005, ao tentar acessar sua página na internet, foi surpreendido pelo fato de estar fora do ar, e

encontrou uma nota no jornal eletrônico Eretz News, referindo que “denúncia da B’Nai B’Rith leva à remoção de site racista”, e ainda, “O GRADI, sob coordenação da delegada Inês Cunha, solicitou ao provedor IG a suspensão do site <revista criação.hpg.com.br>, atendendo a denúncia encaminhada pela B’Nai B’Rith do Brasil. No site, de autoria de Fabio de Oliveira Ribeiro, há conteúdo racista e discriminatório. Como sempre, o GRADI tomou providências imediatas”. Não só o jornal eletrônico referido, como também o jornal Visão Judaica On Line publicou a nota acusando o autor de racismo e preconceito. Notificou todos os responsáveis pelas acusações, mas só o provedor IG teria respondido, referindo que teria recebido um correio eletrônico da delegada Inês Cunha, afirmando que constatou no texto existência de cunho racista, ao comparar judaísmo com nazismo. Prosseguiu, o autor, salientando que os textos publicados são literários e não têm qualquer condão de disseminação de ódio ou qualquer outro sentimento contra qualquer povo, raça ou credo. Transcreveu o texto. Destacou que a entidade governamental denominada GRADI aceitou a denúncia e solicitou ao IG provedor de internet, através de e-mail, que retirasse imediatamente o texto, cessando o acesso, ato que o autor considera como de censura, e praticado por autoridade incompetente, configurando abuso de poder, limitando e privando as garantias constitucionais a que faz jus. O autor, sentindo-se vítima de abusos contra seu direito constitucional, peticionou ao Secretário da Segurança Pública requerendo abertura de inquérito para apuração do abuso de poder e, em resposta, recebeu informação de que fugia à sua competência e que não poderia intervir, recomendando a via judicial. Prosseguiu dirigindo petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização Interamericana de Direitos Humanos noticiando o caso. Salientou que o direito à liberdade de expressão é direito inviolável, que o autor foi acusado de racista pela entidade judaica e pela delegada do GRADI, não teve seu direito de resposta como pretendia, buscando a indenização pelos danos morais à sua imagem, que teria ficado manchada com a alcunha de racista. Destacou que a delegada do GRADI afirmou que em princípio constatou no texto cunho racista, pedindo que o provedor o retirasse, cessando o acesso ao público, prática que teria partido de autoridade sem o poder de censura, e que procedeu a julgamento prévio, sem dar oportunidade de defesa ao ora autor. Ressaltou que a responsabilidade do réu decorre do abuso de poder, privação dos direitos humanos, imputação de atos ao autor sem regular processo, censura, violação ao contraditório e à ampla defesa por atos praticados pelo GRADI, por sua delegada, ao atender o pedido da B’nai B’riht do Brasil, sem ouvir a versão ao autor. Ressaltou que sofreu e sofre com as acusações de uma entidade que o intitulou racista, preconceituoso, e que ainda recebeu o apoio do GRADI, órgão público. Requereu o regular processamento e a procedência da ação para o fim de condenar o réu a indenizar o autor pelos danos morais, no valor a ser arbitrado

pelo juízo, observando os parâmetros para amenizar as ofensas sofridas e punir os agentes causadores. Instruiu a inicial com os documentos de fls. Regularmente citado, o réu ofereceu contestação, alegando que o autor apresenta pedido genérico, caberia ao autor indicar que importância serviria para atenuar sua dor; se não o fez, a inicial há que ser indeferida, por inépcia. No mérito, sustentou que os fatos relatados na inicial não configuram dano moral. A seriedade do assunto – prática de racismo, crime inafiançável e imprescritível, e o meio empregado – internet – solicitavam da autoridade policial a quem dada a ciência do crime pronta atuação, no sentido de reprimir a prática de incitação ao preconceito racial. Conforme informação prestada pela Delegacia de Crimes Raciais e Delitos de Intolerância, no dia 20 de janeiro de 2005, foi instaurado o Inquérito Policial n. 2/2005 pelo GRADI, com a finalidade de apurar denúncia remetida por entidade judaica a respeito da página eletrônica <www.revistacriacao.hpg.ig.com.br> (subdiretório “israel”), na qual haveria texto em tese de conteúdo criminoso, ao comparar Israel aos nazistas, comunicando ao provedor IG, que hospedava a referida página eletrônica, quanto ao teor da denúncia recebida, a ocorrência em tese do crime, e solicitando a remoção do referido texto, dado seu alcance e disseminação na rede eletrônica virtual, de modo a impedir a perpetuação do delito que, em tese, estaria sendo cometido. Ressaltou que cumpre à polícia civil, no desempenho de suas funções institucionais, o combate de ofício ao crime, sob pena de prevaricação, e a ação tendente a impedir a divulgação de texto que se afigura preconceituoso, dada a sua nocividade, mostra-se lúdima e expressão do exercício regular do poder administrativo. Defendeu que a atuação policial ocorreu dentro de sua esfera de atribuições e proporcional à espécie de crime que lhe foi noticiado, atentando que a liberdade de expressão e pensamento encontra balizas no próprio ordenamento constitucional e em normas de idêntica envergadura. Destacou que mesmo havendo a solicitação da autoridade policial de remoção do texto do website, a conduta de maior espectro partiu da empresa contratada para criação e hospedagem da página eletrônica do autor, dada a configuração, no seu entender, do desrespeito aos termos do contrato firmado, guardada a exata compreensão da ordem constitucional vigente. Defendeu que a pretensão do autor de nivelar os judeus atuais aos nazistas de outrora equivale a perpetuar as mesmas táticas de inferiorização desse povo aos olhos da comunidade. Insistiu, por outro lado, na inexistência do dever de indenizar, pois não houve lesão a um direito ou situação juridicamente protegida da vítima, visto que a ninguém é atribuído o direito de não se submeter às medidas da polícia administrativa, quando regularmente impostas. Ressaltou, ainda, que também não se pode falar em dano moral porque o autor, não obstante as medidas adotadas, providenciou para que sua home page voltasse a ser divulgada na internet, hospedando-a em outros provedores, na qual comenta sua versão sobre os fatos, repetindo o inteiro teor daquele

texto, ou seja, continua a expressar livremente sua opinião. Ressaltou a necessidade de cautela na condenação do Estado em hipóteses como tais, por recair sobre toda a população. Requereu o indeferimento da inicial, por inépcia, ou o decreto de improcedência do pedido inicial. Instruiu a resposta com os documentos de fls. O autor ofereceu réplica a fls., refutando a preliminar argüida e insistindo na procedência do pedido inicial. É o relatório.

Decido.

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada em face do Estado, em razão de providências tomadas pela Delegacia de Polícia Coordenadora do Grupo de Repressão e Análise aos Delitos de Intolerância (GRADI) que, acolhendo notícia de possível prática de crime de tal natureza, teria informado quanto ao fato o provedor da rede de computadores e solicitado a remoção do texto. A rigor, a inicial deveria apresentar o pedido certo e determinado, mesmo no caso de indenização por dano moral, mas considerando o dissenso na doutrina e na jurisprudência quanto a configurar causa para indeferimento, considerando mais que não foi determinada a emenda, nem houve prejuízo à defesa, passo ao exame do mérito. O ato de polícia foi tomado diante da prática, em tese, de crime, sua natureza e danos que poderiam resultar da manutenção da divulgação pela rede de computadores. O pedido de retirada se limitou ao texto considerado “em tese”, “possível” prática de racismo. A maior abrangência decorreu da análise do provedor. Os fundamentos do pedido inicial ressaltam danos morais que teriam decorrido da forma de divulgação dos fatos, não pela autoridade policial, e sim pela imprensa e comunidade judaica que, por sua vez, sentiu-se ofendida pela livre divulgação do pensamento por parte do ora autor. Nessa medida, acaba usando dois pesos, um para a divulgação de seu pensamento, outra para os daqueles que com ele não concordam. Mas é fato que a autoridade policial se limitou a exercer a sua função, diante da possível prática de delito de intolerância. Interessa atentar para a natureza do inquérito policial e das medidas a serem adotadas diante de possível delito. A denúncia foi regularmente oferecida. A r. decisão que rejeitou a denúncia, por sua vez, além de ter sido objeto de recurso, pendente de exame pelo E. Tribunal, também ressaltou que “versando a hipótese sobre delito contra a honra, falta ao Ministério Público legitimidade ativa ad causam para a propositura da lide penal (...) e nesta esteira, verifico ter decorrido o lapso temporal para o oferecimento da queixa, considerando que a suposta injúria teria sido veiculada pela internet no início do ano de 2005, donde estar extinta a punibilidade”. Portanto, mesmo diante da confirmação da r. sentença, foi admitida a possível prática de crime contra a honra, o que retiraria o excesso na atividade policial, apto a justificar a indenização por parte do Estado. De outra maneira, em todos os inquéritos instaurados e processos crime que resultassem em absolvição, o Estado estaria

obrigado a indenizar, o que, além de não encontrar amparo legal, resultaria em prejuízo a toda a coletividade e barreira ao adequado desenvolvimento da polícia judiciária, do Ministério Público e até mesmo da Justiça. Finalmente, como destacado em resposta e não contrariado, o autor continuou a divulgar suas idéias, inclusive quanto aos fatos que resultaram na instauração do inquérito policial, utilizando outro provedor para expor as razões de seu convencimento, transcrevendo o trecho antes suprimido. Não é demais salientar que a questão penal ainda está sub judice. Não logrou demonstrar, portanto, qualquer dano que tenha suportado por ato ilegítimo ou excesso de poder dos agentes do Estado que seja passível de indenização moral. Isso posto, e considerando o que mais dos autos consta, julgo improcedente a presente ação ajuizada por Fábio de Oliveira Ribeiro em face da Fazenda do Estado de São Paulo. Pela sucumbência, arcará o autor com as custas do processo e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), com fundamento no artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil.

P.R.I.

São Paulo, 30 de abril de 2008.

LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI

Juíza de Direito

